



La coexistence des règles applicables au contrat de transport international de marchandises par mer : contribution à l'étude de l'uniformité du droit

Gurvan Branellec

► To cite this version:

Gurvan Branellec. La coexistence des règles applicables au contrat de transport international de marchandises par mer : contribution à l'étude de l'uniformité du droit. Droit. Université de Bretagne occidentale - Brest, 2007. Français. NNT: . tel-00511315

HAL Id: tel-00511315

<https://theses.hal.science/tel-00511315>

Submitted on 24 Aug 2010

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université de Bretagne Occidentale
UFR de Droit et des Sciences Economiques
Ecole doctorale des Sciences de la Mer

**La coexistence des règles applicables au contrat de
transport international de marchandises par mer :
contribution à l'étude de l'uniformité du droit**

Thèse pour l'obtention du doctorat en droit

Présentée et soutenue publiquement

le 27 juin 2007

par

Gurvan BRANELLEC

Jury :

M. Olivier CACHARD, Professeur à l'Université de Nancy, Doyen de la Faculté de droit de Nancy (Rapporteur)

Mme Cécile DE CET BERTIN, Maître de conférences à l'Université de Bretagne Occidentale (Directrice de la thèse)

M. Philippe DELEBECQUE, Professeur à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne (Rapporteur)

M. Renaud MORTIER, Professeur à l'Université de Bretagne Occidentale (Président du jury)

M. Martin NDENDE, Professeur à l'Université de Nantes

L'Université de Bretagne Occidentale n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses.
Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Je tiens à remercier :
le Professeur Le Bayon et le Professeur Tassel pour leurs précieux conseils ;
Mathieu Doat pour ses suggestions éclairées ;
le C.E.D.E.M. et la Faculté de droit pour ces conditions de travail idéales ;
Claire, Emmanuelle et Morgane pour leur présence et leurs relectures
attentives.

Sommaire

Introduction.....	11
<u>Partie I – La recherche d’une unification conventionnelle du droit du transport maritime de marchandises par les Etats.....</u>	<u>47</u>
<u>Titre I - L’unification par l’Etat et dans la convention.....</u>	<u>49</u>
Chapitre I – De la multiplicité des Etats à l’unité par la convention : une élaboration et une adoption difficile.....	51
Chapitre II – De l’unité de la convention à la multiplicité de la société internationale : une application éclatée.....	93
<u>Titre II – La désunification dans l’Etat et par les conventions internationales.....</u>	<u>173</u>
Chapitre I – La désunification du droit du transport international de marchandises par mer engendrée par la concurrence des Conventions internationales.....	175
Chapitre II – La désunification du droit du transport international de marchandises par mer aggravée par le droit international privé.....	243
<u>Partie II – La construction d’une uniformisation pragmatique du droit du transport maritime de marchandises par les opérateurs.....</u>	<u>321</u>
<u>Titre I – La construction d’une uniformisation du droit par les pratiques contractuelles.....</u>	<u>325</u>
Chapitre I – L’uniformisation anticipée, dans le contrat.....	327
Chapitre II – L’uniformisation différée, dans l’instance arbitrale.....	403
<u>Titre II – La tentative de construction d’un droit par la cristallisation des pratiques contractuelles.....</u>	<u>445</u>
Chapitre I – D’une uniformisation générale des pratiques à la construction d’une règle de droit par les opérateurs.....	449
Chapitre II – D’une nécessaire unification par les Etats à la recherche de sa pertinence.....	499
Conclusion.....	557

Table des abréviations

AFDI : annuaire français de droit international
 AFDM : Association Française du droit maritime
 Annales de l'IMTM : Annales de l'Institut Méditerranéen des Transports Maritimes
 BTL : Bulletin des transports et de la logistique
 Bull. Cass. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
 CA : cour d'appel
 Cass. : Cour de cassation
 CAF : coût, assurance, frais
 CE : Communauté européenne, CEE jusqu'au 01/11/1993
 CEE : Communauté économique européenne, CE après le 01/11/1993
 Cf. : confer
 Com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation
 CCI : Chambre de commerce internationale
 CJCE : Cour de Justice des Communautés européennes
 CMI : Comité Maritime International
 CNUDCI : Commission des Nations unies pour le droit commercial international (UNCITRAL)
 CNUCED : Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (UNCTAD)
 COGSA : Carriage of Goods by Sea Act
 D. : Recueil Dalloz
 D.T.S. : droit de tirage spécial
 DMF : Droit maritime français
 FOB : Franco-bord (free on board)
 Ibid. : ibidem
 Incoterms : International commercial terms
 JCP : Jurisclasseurs périodiques (Semaine juridique)
 JDI : Journal du Droit International ou Clunet
 JMM : Journal de la marine marchande
 JOCE : Journal Officiel des Communautés européennes
 L. : loi
 N° : numéro
 NCPC : Nouveau Code de procédure civile
 OMI : Organisation Maritime Internationale
 ONU : Organisation des Nations unies
 Op. cit. : opere citato
 P. : page
 RCADI : Recueil des cours de l'Académie de droit international, La Haye
 RCDIP : Revue critique de droit international privé
 RTD Civ : Revue trimestrielle de droit civil
 RTD Com. : Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
 S. : suivant
 Scapel : Revue de droit français commercial, maritime et fiscal, fondée par Paul Scapel
 SFDI : Société française pour le droit international
 TA : Tribunal administratif
 TGI : Tribunal de grande instance
 UNIDROIT : Institut international pour l'unification du droit privé

Introduction

« L'objet du droit uniforme est (, en effet,) d'effacer la diversité des lois et d'exclure ainsi leurs conflits. Mais la diversité des lois est une richesse, ou une malédiction, qui frappe notre planète depuis la Tour de Babel et qui ne cessera que le jour où tous les hommes auront partout la même loi, la même langue et les mêmes biens, jour où nous serons tous corps glorieux, sans Etats et sans plaideurs, sans avocats et sans professeurs de droit¹ ».

1. Le droit a uniformisé les choses nous dit Carbonnier à propos du droit des biens. Il a « recouvert le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris »². Cette uniformisation par le droit est en réalité une classification et la méthode n'est pas propre à la science juridique. L'uniformité du droit est autre chose. Elle serait de l'essence du droit maritime, selon Pardessus qui relève une uniformité de ce droit dans le temps. « Indépendamment des variations qu'amènent les siècles ou les révolutions que produisent les rivalités nationales, ce droit, immuable au milieu des bouleversements des sociétés, nous est parvenu après trente siècles tel qu'on le vit aux premiers jours où la navigation établit des relations entre les peuples »³. En effet, le droit maritime a une origine lointaine. Son histoire et son évolution sont étroitement liées à l'histoire du commerce maritime, car le droit maritime est d'abord un droit commercial⁴, le droit des relations contractuelles du commerce par mer. Il est axé sur l'utilisation de la mer ainsi que le souligne Chauveau. « Historiquement, et surtout par essence, c'est le droit d'un certain milieu géographique et social, la mer avec ses rivages, et la

¹ Philippe Malaurie, *Loi uniforme et conflits de lois*, Travaux du Comité français de droit international privé, 1967, p. 83.

² Jean Carbonnier, *Droit civil Les biens – Les obligations*, Collection Quadrige, PUF Paris, 1955, p. 1592.

³ Jean-Marie Pardessus, *Collection des lois maritimes*, Imprimeries royales, Paris 1825-1845, T 1, p. 2.

⁴ En droit romain, le terme de « commercium » désignait de façon très large, tous les rapports juridiques que les individus entretenaient relativement à l'utilisation de leurs biens. Jacques Mestre et Marie-Eve Pancrazi, *Droit commercial, droit interne et aspects de droit international*, LGDJ Paris 26^{ème} édition, 2003, n° 3. Pour le droit français le transport par mer est une activité commerciale puisque constitue un acte de commerce par nature « toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau ». C'est ce qui ressort du 7° de la liste légale des actes de commerce de l'article L. 110-1 du Code de commerce.

communauté des hommes qui s'y aventurent »⁵. Ceux-là même qu'Aristote désignait comme une catégorie de l'humanité en considérant qu' « il y a trois sortes d'hommes : les vivants, les morts et ceux qui prennent la mer »⁶. Le droit maritime présente pour ces raisons, sa relative permanence et son champ d'application, une certaine originalité par rapport au droit terrestre⁷. Celle-ci tient également, et pour certains principalement, au fait qu'il est « tout entier ordonné autour de la nécessité de partager le risque de mer » entre les différents acteurs du transport maritime et qu'il est, par nature, depuis qu'existent les nations, un droit international. C'est en raison de ce dernier caractère que le droit maritime peut être un champ d'observation et de recherche sur l'uniformité du droit. N'est-il pas un « exemple majeur » d'unification du droit comme a pu le dire Rodière⁸ ?

2. L'ensemble de la matière serait pourtant trop vaste et trop varié, rendant l'ouvrage impossible. Le droit maritime est constitué d'éléments empruntés à diverses branches du droit, du droit des biens au droit du travail en passant par le droit des obligations. Au sein de la matière, le transport maritime et le contrat auquel il donne lieu a été choisi comme champ de l'étude parce qu'il est éminemment international et est l'objet de tentatives renouvelées d'uniformisation. Cette activité économique est réalisée par la conclusion de différents contrats tels que le contrat de passage, les contrats d'affrètement de navires ou d'espace et le contrat de transport applicable à l'acheminement de marchandises par voie maritime. Ce dernier a pour objet le déplacement d'une unité de charge ou de colis à bord d'un navire et donne lieu à l'établissement d'un connaissance ; il sera l'objet de l'étude.

3. Le transport international de marchandises par mer est une activité internationale par nature. Sa réglementation résulte principalement de conventions internationales. Celles-ci ont été élaborées et adoptées dans le but d'établir une unification du droit. L'histoire montre que le droit applicable au transport international de marchandises par mer a d'abord été spontané avant d'être voulu par les Etats, le besoin d'uniformité étant considéré comme la cause des conventions internationales en la matière (section I). Cette notion d'uniformité du droit sera

⁵ Paul Chauveau, *Traité de droit maritime*, Librairies techniques, 1958, introduction générale p. 7.

⁶ Cette citation est largement diffusée, pourtant, il ne semble pas qu'elle soit exacte (on l'attribue à Aristote, Platon, Socrate et même à Conrad !). Platon, dans le Critias, donne la géographie de l'Atlantide et divise le monde en trois : le monde des vivants, celui des morts et l'océan qui sépare les deux. Il semble vraisemblable qu'on puisse l'attribuer à Aristote évoquant la géographie de l'Atlantide décrite par Platon dans le Critias.

⁷ René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, Dalloz, 11^{ème} ed. 1991, p. 5 et s. Le droit maritime est, pour le Doyen Chauveau, le « droit de la mer et des activités qu'elle engendre ». Cette définition permet d'insister sur le fait que cette branche du droit est concentrée sur un espace, la mer, et surtout sur son emploi. On aborde ainsi la mer comme un espace unitaire (théorie développée entre autres par Arvid Pardo) et non comme un territoire. Cf. cours pour le DEA de sciences juridiques de la mer, Véronique Labrot, *La mer entre espace et territoire(s)*...

⁸ René Rodière, *Introduction au droit comparé*, Précis Dalloz, Paris 1979, § 70, p. 115.

analysée dans sa double dimension d'idéal et de réalité (section II) avant que soit présentée une délimitation précise du sujet traité et la problématique retenue (section III).

Section I – L'uniformité du droit du transport maritime : récit et histoire

4. Cette étude historique de la matière mettra en évidence le mouvement de balancier entre, d'une part, la tendance des opérateurs à réaliser une uniformisation spontanée des pratiques contractuelles (paragraphe 1) et, d'autre part, la tentative des Etats de réaliser une unification construite du droit du transport international de marchandises par mer (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – L'uniformisation spontanée du droit du transport international de marchandises par mer

5. La spontanéité de l'uniformisation du droit du transport maritime de marchandises tient au fait que ce sont moins les Etats que les parties intéressées qui y ont contribué. De même que le Professeur Jestaz à propos de la coutume et de l'acte juridique, évoque un droit spontané parce qu'il s'agit de sources « venues de la base »⁹, le droit du transport maritime, son histoire le montre, est « venu de la base ». En effet, le droit maritime a été au départ créé et développé pour les besoins du transport maritime de marchandises. On fait ainsi remonter l'origine de ce droit au moment où les hommes ont cessé de ne transporter que des butins de guerre, pour y charger des cargaisons destinées à être troquées¹⁰. Il a ensuite été développé de l'Antiquité au dix-septième siècle par les marchands pour leurs besoins, avant de perdre sa spontanéité, par l'intervention des Etats.

6. Les Grecs ont d'abord multiplié les échanges. Ils ont notamment développé un mécanisme de crédit maritime et se sont dotés d'une juridiction maritime spécialisée. Ce sont eux aussi qui ont eu les premiers « l'esprit du commerce international et l'idée qu'un droit national, étranger aux barbares et aux métèques, serait un contre-sens dans le commerce maritime »¹¹. Les règles applicables à cette matière avaient ainsi une vocation à être appliquées largement et à s'étendre.

⁹ Pour Philippe Jestaz la coutume et l'acte juridique, sources venues de la base, constituent « un droit spontané ». C'est en ce sens là que le terme spontané est employé. Philippe Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz Paris, 2005, p. 37.

¹⁰ Martine Rémond-Gouilloud, *Droit maritime*, 2^{ème} ed. Pédone Paris, 1993, p. 23 et 24.

¹¹ René Rodière, *Traité général de droit maritime*, introduction, Dalloz Paris, 1976, p. 13.

Pour les Romains, le commerce maritime avait une importance capitale¹². Ils le facilitèrent en instaurant la paix en Méditerranée. Sur le plan juridique, leur apport au droit en général et au droit civil en particulier a été considérable, ils ont aussi laissé un héritage en matière maritime. Diverses institutions du Digeste de Justinien ont eu une certaine pérennité. A titre d'exemple, il est possible de relever une institution marquante présente dans le Digeste : il s'agit du « receptarum » qui figure dans l'édit du Préteur. Il semble que les Romains aient inventé cette institution. Cette notion juridique conduit à aggraver la responsabilité du transporteur maritime par rapport à celle des autres transporteurs. Il s'agit d'une première réglementation de la responsabilité des transporteurs maritimes. Il est ainsi intéressant de constater qu'à une époque où les règles régissant le transport maritime de marchandises étaient issues de la pratique, Rome a dû intervenir pour imposer, grâce à l'institution du « receptarum », une responsabilité plus rigoureuse à l'encontre des transporteurs maritimes que celle des autres entrepreneurs liés par un contrat de locatio conductio (le « receptarum » concernait aussi les aubergistes et maîtres de poste)¹³. Il est difficile de ne pas faire le rapprochement avec l'époque moderne : c'est pour régir impérativement la responsabilité du transporteur maritime que les Etats sont intervenus dans le contrat de transport international de marchandises par mer.

7. Ces règles élaborées par les Romains s'appliquaient concurremment avec les coutumes portuaires en Méditerranée qui n'ont cessé de régir les relations maritimes. Le droit maritime avait ainsi à cette époque une nature largement coutumière. La plus célèbre de ces coutumes est la « lex rhodia de jactu »¹⁴ qui est une reprise des règles et usages consacrés par le tribunal maritime de l'île de Rhodes, située en Méditerranée orientale, environ 900 ans avant JC¹⁵. En dehors de fragments, les bases de ce droit maritime Rhodien ne sont plus connues. Cette législation qui serait une transposition d'une législation byzantine relative au problème du jet des marchandises à la mer prévoit que si un navire en péril a pu être sauvé en jetant par dessus bord une partie de la cargaison, tous les participants à l'expédition devront

¹² En effet le blé africain était nécessaire pour nourrir les habitants de la cité et donc pour éviter les crises sociales, soulèvements, disettes...Cf. P. J. Hesse, *Séminaire d'histoire du droit maritime*, dans le cadre du DEA de Sciences juridiques de la mer, UBO, 2001.

¹³ René Rodière, *Traité général de droit maritime*, op. cit. , p. 14. Pour monsieur Gaurier, la location-conductio aurait été associée au transport maritime vers la fin du troisième siècle avant notre ère. Il évoque d'ailleurs la différence faite par le droit romain entre la location pour transporter des marchandises et celle pour transporter des personnes (locatio mercium uehendarum et location uectorum uehendarum), Dominique Gaurier *Le droit maritime romain*, PUR Rennes, 2004, p. 61.

¹⁴ Titre XIV, 2 du Digeste « de lege Rhodia de jactu ».

¹⁵ Thèse pour le doctorat en droit de G. N. Fayzi Chakab, *La responsabilité du transporteur maritime de marchandises (selon les règles de la Haye de 1924 et de Hambourg de 1978)*, Université de Nice Sophia-Antipolis, 1999, p. 2.

s'unir pour indemniser la perte¹⁶. Cette institution est l'ancêtre de la pratique actuelle des avaries communes et donc la source des règles d'York et d'Anvers.

8. Les premières règles de droit maritime sont ainsi nées sur les côtes méditerranéennes. Les marchands usagers du transport maritime avaient organisé des tribunaux maritimes chargés de juger leurs différends selon des traditions et coutumes. Ces jugements rendus au cas par cas devinrent l'une des sources du droit maritime puis furent progressivement transformés en recueils d'usages au Moyen-âge.

9. Après un effondrement de l'activité commerciale dans le bassin méditerranéen dû, entre autres causes, à l'effondrement de l'Empire romain, aux invasions germaniques et à l'instabilité politique, le Moyen-âge a vu la reprise du trafic maritime. Cette activité maritime se développait et se structurait principalement autour de trois pôles.

La première zone était la zone méditerranéenne orientale. La zone byzantine connaissait une collection de textes, les « basiliques » (qui, pour la plupart, ont été perdus), qui contenaient des réponses aux principaux problèmes que les transports maritimes posaient à l'époque.

La deuxième zone mieux connue était celle de la Méditerranée occidentale. Dans cette zone, il y avait d'abord des usages particuliers à telle ou telle ville portuaire ou à telle corporation¹⁷.

Ceux-ci coexistaient avec des recueils d'usages plus ou moins complets dont les plus célèbres sont le Consulat de la mer et le Guidon de la mer. Le Consulat de la mer est un recueil Catalan du quatorzième siècle¹⁸ dont certains passages sont inspirés directement du Digeste. Le Guidon de la mer, ouvrage de doctrine (composé à Rouen au seizième siècle) rédigé par un auteur inconnu, est un véritable précis de droit maritime¹⁹, il est assez long et a fait l'objet d'ajouts successifs²⁰.

Enfin, la troisième zone était celle de l'Atlantique qui devint, au Moyen-âge, le véritable centre d'activité du commerce maritime. Au départ, le « ley maryne » était d'abord de tradition orale, puis il va être recueilli par une vaste compilation : les rôles d'Oléron²¹. La nature de ce document a été discutée : on y a vu un recueil de jurisprudence ou encore une coutume. Ce recueil d'actes de notoriété, attestant de la jurisprudence maritime en vigueur sur

¹⁶ Martine Rémond-guilloud op. cit. p. 23 et 24.

¹⁷ Les cités italiennes adoptèrent chacune des statuts qui sont de véritables codes maritimes : statuts d'Amalfi du XII^{ème} S. , Pise avec les Breve Curia Maris du XII^{ème} S, Venise avec les Ordinamenta des Doges.

¹⁸ Bien que les Italiens en aient revendiqué la paternité au quinzième siècle, cette compilation des usages suivis en Méditerranée est assez hétérogène. On y trouve des éléments élaborés par des autorités de grands ports comme Marseille, Gênes ou Pise...

¹⁹ Compte rendu du *Colloque de Rochefort sur l'actualité de la politique maritime de Colbert* des 17 et 18 août 1983, JMM 1983, p. 2298.

²⁰ Ajouts à la fin du Moyen-âge de trois chapitres sur l'armement en course (les corsaires) : Cours de P.J. Hesse, op. cit.

²¹ Martine Rémond-Guilloud op. cit.

les côtes françaises de l'Atlantique, fut rédigé avant 1266²². On a vu son influence s'étendre dans tout l'Atlantique et bientôt de l'Espagne à la Baltique. Ces rôles ont eu une importance considérable et furent reproduits en tout ou partie dans les législations des pays qui les pratiquaient, par exemple dans les lois de Wisby de l'île de Gotland en Suède au quinzième siècle ou les lois de Westcapelle en Zèlande, et ont inspiré l'Ordonnance de la marine de Colbert.

10. Ce qui est remarquable, sur cette période, c'est l'apparition d'un droit commercial unifié au niveau européen par l'influence des marchands qui avaient besoin d'un droit applicable à leurs relations et d'une certaine prévisibilité des règles applicables afin de développer leur activité. De plus, la navigation maritime entraînant des risques particuliers connus par tous les commerçants empruntant ce mode de transport, les mêmes causes produisant les mêmes effets, il était logique que des règles de droit similaires naissent.

Il en résulte un droit créé par et pour les usagers de la mer, souvent antérieurement au droit terrestre, et ce à une époque où les relations terrestres avec les pays extérieurs étaient bien souvent embryonnaires alors que les habitants des régions côtières eux avaient, par le biais du transport maritime, des relations économiques et juridiques avec d'autres peuples. Un tel droit présentant un caractère particulier, aurait dû aussi corrélativement présenter un caractère uniforme. Ce droit n'était cependant pas totalement unifié puisqu'il s'agissait d'une agrégation de coutumes et d'usages recueillis dans des compilations différentes. Il avait néanmoins un caractère cohérent. A ce sujet Messieurs Bonassies et Scapel parlent d'« une adhésion de la communauté maritime à une coutume commune, lentement construite au travers de quelques textes fondamentaux qui se virent reconnaître une valeur générale dépassant les particularismes nationaux »²³.

L'illustration la plus frappante de ce particularisme et de l'uniformité qui découlent de ce droit maritime au Moyen-âge est l'influence et le rôle joués par la ligue hanséatique²⁴. Cette union de commerçants qui développa le commerce en mer du nord en installant des comptoirs dans des ports étrangers, fut aussi amenée à édicter des règles et créer une juridiction applicable à tous ses adhérents : les Recès. Cette uniformité relative, limitée à certaines zones géographiques, va être mise à mal à l'époque moderne.

²² Ils furent rédigés à l'initiative d'Aliénor d'Aquitaine. Cette compilation devait son nom soit au fait que les décisions ont été copiées et certifiées par un greffier ou mandataire de cette île ou au fait que ce recueil porte principalement sur la jurisprudence émanant d'un tribunal siégeant dans l'île d'Oléron.

²³ Pierre Bonassies et Christian Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ Paris, 2006, n° 11, p. 10.

²⁴ Réunion des grandes villes commerçantes teutoniques : Hambourg, Brême, Lubeck... in Albert Boyer, *Le droit maritime, Que sais-je*, n° 1252, 1967 PUF, p. 7 et 8.

11. Au seizième et dix-septième siècles, les structures du commerce par mer changèrent par la combinaison de plusieurs phénomènes. D'abord, du fait de l'apparition des armements. En effet, au départ, les marchands étaient des navigateurs-propriétaires de navires et transportaient sur ceux-ci les marchandises qu'ils vendaient et qu'ils achetaient. Progressivement, ils n'ont plus voyagé systématiquement, se faisant remplacer en mer par un subrécargue²⁵. Au milieu du seizième siècle, apparaît le connaissance tel qu'on le connaît dans son acception actuelle²⁶. Cette apparition du connaissance est le corollaire de celle de l'armateur²⁷.

Par la suite, une modification majeure des données économiques internationales est intervenue au dix-septième siècle. Certains pays suffisamment développés tels que la France, l'Angleterre ou l'Espagne, commencent à disposer d'une production agricole ou de produits manufacturés excédentaires qu'ils entreprennent d'exporter²⁸. Dès lors, l'expédition maritime, fondée sur le transport de cargaisons à l'aller comme au retour, devient une opération fructueuse en soi.

C'est à cette même époque que commence à se développer une politique protectionniste des intérêts nationaux. Cette politique se manifeste, d'une part, avec l'essor des Etats colonisateurs qui ont su développer des échanges maritimes bilatéraux avec les colonies (Angleterre, France, Pays-Bas puis Espagne et Portugal) et, d'autre part, avec le développement de phénomènes de protectionnisme des pavillons nationaux (monopole des transports nationaux aux navires nationaux : par exemple le « Navigation Act » de Cromwell de 1657). Ce développement du nationalisme marque le début de l'éclatement du droit commun du Moyen-âge.

Paragraphe 2 – L'unification construite du droit du transport international de marchandises par mer

12. L'intervention des Etats marque ainsi le passage à une unification « construite » : l'unification part d'un sommet (les Etats). Elle a un caractère unilatéral, en ce sens que les

²⁵ Le subrécargue est d'abord apparu comme étant l'agent des chargeurs. Il est désigné par les marchands pour accompagner leurs cargaisons à bord, il veille à leurs intérêts et surveille le capitaine, agent de l'armateur. Dans sa fonction plus moderne, il est désigné par l'armateur pour soulager le capitaine des fonctions commerciales. René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, op. cit. , n° 270, p. 244.

²⁶ Par contre son endossement comme instrument négociable a été rapporté pour la première fois dans l'affaire « Isny contre Perscat » en 1793 et dans l'affaire « Lick Barrow contre Mason » en 1794.

²⁷ Cf infra n° 15.

²⁸ Martine Rémond-Gouilloud op. cit. p. 25 et 26.

conventions internationales (comme les lois) ne requièrent pas l'accord du destinataire (en effet, un opérateur du transport international de marchandises par mer n'approuve pas les conventions internationales, pourtant celles-ci peuvent s'imposer à lui)²⁹.

13. Ripert estime qu'« à partir du dix-septième siècle les recueils d'usages et les statuts vont être éliminés par les lois d'Etat destinées à créer l'unité de droit dans le royaume et par contrecoup à la détruire dans le monde » et « la France tient la première place dans cette œuvre de codification »³⁰. C'est sous le règne de Louis XIV, monarque centralisateur, que fut promulguée la « grande ordonnance sur la marine »³¹ d'août 1681. Dernière en date des Ordonnances de Louis XIV, elle fut inspirée par Colbert. Cette œuvre eut un grand succès³² et un rôle pionnier à travers le monde.

14. L'œuvre législative de la Révolution française fut assez limitée en matière maritime même s'il est possible de relever la quasi-suppression des juridictions d'exceptions existant en droit maritime, les amirautés gardant seulement compétence pour les affaires maritimes de nature pénale, le commerce de mer relevant désormais des tribunaux de commerce³³. On voit ici clairement la fin du particularisme du droit maritime avec, outre le rattachement par rapport au droit terrestre et par conséquent la fin de l'uniformité du droit maritime.

15. A partir du dix-huitième siècle, le trafic qui était d'abord d'ordre alimentaire devient réellement d'ordre industriel. Mais, c'est au dix-neuvième siècle que des données technologiques vont bouleverser l'économie du droit maritime. D'une part, l'apparition des navires à vapeur va permettre aux exploitants de navires de ne plus être tributaires des vents et va rendre possible l'organisation d'un réseau cohérent de lignes régulières faisant escales à jour fixe. D'autre part, la construction navale des navires en métal et non plus en bois, va permettre un accroissement considérable de la capacité des navires (il est question de gains de capacité de 45 %). De ces phénomènes, il résulte que la marine marchande devient une industrie (la construction de navires en acier et la houille nécessaire à la construction coûtent très cher). L'exploitation de lignes régulières permet une rentabilité suffisante mais nécessite

²⁹ Philippe Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz Paris, 2005, p. 29.

³⁰ George Ripert, *Droit maritime*, Dalloz Paris, 1939, tome I, n°90.

³¹ Elle constitue l'un des plus beaux monuments juridiques de l'administration royale : elle fut très longuement et très soigneusement préparée. Divers personnages se sont succédés : la phase préliminaire fut confiée à La Reynie chargé d'examiner les usages et les coutumes sur les côtes, puis élaboration législative par un maître des requêtes au conseil du roi : Henri Lambert d'Herbigny. Une mission a été ensuite confiée à un avocat Legros et à un autre maître des requêtes : Le Vayer de Bontigny. Enfin, la rédaction fut confiée à Bonaventure de Fourcroy.

³² Elle traite à la fois du droit public et du droit privé et elle eut une influence à la fois spatiale (en France comme à l'étranger) et temporelle (le code napoléonien l'a à peu près reproduite), Valin, son meilleur commentateur, assura que « elle est telle que les nations les plus jalouses de notre gloire, déposant leurs préjugés, l'ont adoptée à l'envi comme un monument éternel de sagesse et d'intelligence ». Cf. René Josué Valin, *Commentaire de l'ordonnance de la marine de 1681*, datant de 1760, 2 volumes.

³³ Décret du 16-24 août 1790.

un armement conséquent. Ce développement de la marine marchande permet corrélativement aux chargeurs de ne plus être obligés de louer un navire en totalité ou partie, il leur suffit de conclure un contrat de transport. C'est l'avènement du contrat de transport sous connaissance³⁴. Les échanges commerciaux, favorisés par une politique du libre-échange sur les mers impulsée par la Grande-Bretagne, s'intensifient. Avec la distinction des contrats d'affrètement et de transport, « l'armateur prenait la seule qualité d'entrepreneur de transport, satisfaisant à ce qui était devenu la seule préoccupation du chargeur : l'acheminement d'une marchandise d'un point à un autre et sa remise en bon état au destinataire »³⁵.

Dès lors, la concurrence entre les compagnies de navigation qui, pour attirer la clientèle, baissaient leurs tarifs, obligea les armateurs à rédiger des clauses d'exonérations considérables. Les transporteurs prirent l'habitude de stipuler dans leurs contrats de transport des clauses limitatives de responsabilité ou des clauses exonératoires de responsabilité concernant les dommages causés à la marchandise. Celles-ci dénommées clauses que « dit être » (négligence clause) détruisaient la force probante du connaissance sur les caractéristiques de la marchandise. Ces pratiques étaient permises par le Code de commerce français de l'époque qui édictait principalement des règles supplétives de la volonté des parties. Les chargeurs subissaient ces pratiques des transporteurs organisés en unités économiques puissantes et ne pouvaient négocier les contrats de transports auxquels ils se contentaient d'adhérer. Profitant de cette position de force, les transporteurs allèrent jusqu'à négliger « leurs devoirs les plus élémentaires, ce qui eut pour conséquence d'augmenter notablement le risque des accidents ».³⁶ Les chargeurs en étaient presque venus « à croire cette plutôt cynique proposition que les armateurs n'ont d'autre obligation que d'encaisser le prix du transport »³⁷. Outre leurs conséquences économiques sur l'activité des différents acteurs du transport maritime (chargeurs et armateurs), ces clauses provoquèrent une insécurité dans les opérations de crédits documentaires et notamment une perte de la valeur du connaissance. Toutes ces conséquences expliquèrent que les victimes de cette mutation entreprirent de lutter contre ces clauses.

Cette lutte (des chargeurs en particulier) se déroula devant les tribunaux. La jurisprudence française de la seconde moitié du dix-huitième siècle estimait que le transporteur maritime

³⁴ René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, Précis Dalloz, 12^{ème} éd. 1997, n° 7, p. 10. Et Slaheddine Mellouli, *La responsabilité du transporteur maritime de marchandises*, Centre d'études de recherches et de publications, Tunis, 1993, 379 p., p. 12 et 13.

³⁵ Paul Chauveau, *Traité de droit maritime*, Librairies Techniques, 1958, p. 418.

³⁶ Georges Ripert, *Droit maritime*, tome II, 4^{ème} éd., éd. Rousseau, 1952, 1471.

³⁷ F. Cyril James, *Carriage of goods by sea*, The Hague rules, 74 U., Pa. L. R. 675.

pouvait s'exonérer de leur responsabilité par une clause du connaissance³⁸. N'obtenant pas la satisfaction de leurs réclamations devant les tribunaux, les chargeurs français portèrent le débat devant le Parlement³⁹. Malgré cette tentative⁴⁰, les clauses d'exonération continuèrent à produire leurs effets. En France, la prise de conscience de ces phénomènes conduisit à l'adoption de la loi Rabier du 17 mars 1905 qui a commencé à mettre fin à cette stipulation de clauses d'irresponsabilité. Cependant, cette loi ne s'applique qu'aux seuls transports terrestres et à ceux par eaux intérieures.

16. La première réaction législative en vue de protéger les chargeurs contre l'arbitraire des transporteurs maritimes est venue des Etats-Unis, « alors pays de chargeurs.....aux prises avec les armements anglais, norvégiens et des autres pays à grande flotte marchande »⁴¹. Ce pays possédait une marine marchande peu importante mais comptait en revanche un grand nombre de chargeurs. Il était naturel que l'intérêt des chargeurs l'emportât sur celui des armateurs étrangers. Le 10 juin 1892, un projet de loi fut introduit par le sénateur Michael D. Harter⁴², le « Harter Act », qui fut adopté le 13 février 1893⁴³.

Cette loi, composée de 8 articles et dont le but était de « supprimer l'anarchie et les abus engendrés par une liberté absolue des contrats », instaura un régime légal impératif qui prohiba l'insertion dans les connaissements de toutes les clauses d'exonération pour pertes ou avaries causées aux marchandises résultant de fautes ou négligences dans le chargement, l'arrimage, la garde ou la livraison des marchandises. Le Harter Act fait ainsi la distinction entre fautes nautiques et fautes commerciales en permettant à l'armateur de s'exonérer des premières s'il a fait diligence pour que le navire soit en état de tenir la mer et qu'il soit convenablement armé, équipé et approvisionné⁴⁴. L'armateur est ainsi exonéré de plein droit, en l'absence de toute convention, des conséquences des fautes du capitaine et de l'équipage dans la navigation et dans l'administration du navire. Ce régime est impératif⁴⁵. L'apport principal du Harter Act, outre l'obligation qui est faite au transporteur de délivrer un

³⁸ Il pouvait s'exonérer des fautes commerciales ou nautiques de ses différents agents. Cf. Cass. Civ. 23-02-1864, D 1864, I, 168 et Cass. Civ. 20-01-1869, D 1869, I 94.

³⁹ Par l'entremise d'une proposition de réforme déposée le 10 avril 1886 par deux députés du Havre MM F. Faure et J. Siegfried qui visait à empêcher le transporteur de s'exonérer de ses fautes commerciales.

⁴⁰ Puis celle renouvelée par les ministres du commerce et de la marine MM Trarieux et Lebon.

⁴¹ René Rodière, *Traité de droit maritime*, op. cit. tome II, n° 577.

⁴² Chargeur et représentant de l'Etat d'Ohio au Congrès de Washington.

⁴³ Après une consultation des représentants des armateurs, des chargeurs, des assureurs et des grandes corporations commerciales.

⁴⁴ C'est ce qui ressort de l'article 3, cf. sur ce point Francis Sauvage, *Manuel pratique du transport des marchandises par mer*, LGDJ, 1955, Paris, p. 10 et s.

⁴⁵ L'article 5 du Harter Act frappe ces clauses d'une double sanction : sur le plan civil, de la nullité et sur le plan pénal, une amende infligée à l'armateur.

connaissance comportant certaines mentions⁴⁶, fut d'interdire au transporteur maritime ou à ses préposés de s'exonérer des fautes commerciales⁴⁷. En contrepartie, fut institué un certain nombre de causes légales d'exonération (en particulier fautes nautiques commises dans l'administration du navire par ses préposés) et une limitation légale de responsabilité.

Le champ d'application du Harter Act est assez large. Il s'applique à tout transport de marchandises par mer (en excluant le transport des animaux vivants) entre des ports américains ou entre ces ports et des ports étrangers, et ce de la prise en charge de la marchandise jusqu'après le déchargement.

17. Le Harter Act eut un grand retentissement en dehors des frontières des USA, et fut dès le début du vingtième siècle adopté dans de nombreux pays Anglo-Saxons⁴⁸ sous l'influence des chargeurs. Cette législation est effectivement « apparu(e) aux chargeurs de tous les pays comme la législation idéale pour la protection efficace de leurs droits, cette législation faisant disparaître les abus les plus criants des clauses d'exonération, sans méconnaître les intérêts légitimes des transporteurs »⁴⁹. Pourtant cette législation, du fait de son caractère unilatéral, n'avait pas d'efficacité au plan international, les Etats ont alors pris conscience de la nécessité d'une législation internationale du transport de marchandises par mer (en particulier d'une réglementation impérative de la responsabilité du transporteur).

18. L'histoire des règles applicables au transport international de marchandises par mer est récente à l'échelle du temps maritime. S'agissant des règles internationales, elles n'existent que depuis l'avènement des Etats et encore a-t-il fallu que ceux-ci s'intéressent à ce domaine de l'activité économique. Au début du vingtième siècle, on assiste au plan international à une prise de conscience par les grandes nations maritimes de la nécessité pour le bon développement du commerce par mer, de promouvoir l'élaboration d'une réglementation homogène et uniforme. Comme le constatait Ripert en 1929 : « le trafic se trouve partout ; il a cessé d'être national pour devenir international. C'est un nouveau type de marine marchande, qui emprunte sa force à toutes les forces de la nation dont elle porte le pavillon, et court le monde à la recherche du trafic qui lui est nécessaire ». Pourtant, il n'existait pas de

⁴⁶ Celui-ci devait énoncer le poids ou le volume de la marchandise, ainsi que le nombre des colis et leur état apparent (article 4) ce qui permettait de restaurer la valeur probante des énonciations du connaissance en empêchant le transporteur d'insérer la clause « poids inconnu ».

⁴⁷ Négligence, faute ou défaut dans le chargement, l'arrimage, la garde, le soin ou la livraison de toutes les marchandises, article 1 et 2.

⁴⁸ Principalement des pays dépourvus de marine marchande et dont le commerce maritime était pratiqué par des chargeurs (on le retrouve dans le Paramount Act australien du 15 décembre 1904, dans la loi canadienne du 4 mai 1910 le Canadian Watercarriage of Goods Act mais aussi repris dans le Code de Commerce marocain du 31 mai 1919).

⁴⁹ Cf. sur ce point Francis Sauvage, *Manuel pratique du transport de marchandises par mer*, ibid. p. 12.

réglementation internationale ; seules des réglementations nationales tentaient de régir le transport international des marchandises par mer.

19. Pour lutter contre la diversité de droits appliqués à des navires qui se côtoient en permanence et commercent dans les mêmes ports, est créé en 1896 à Bruxelles le Comité Maritime International (CMI). Il est chargé de promouvoir l'unification du droit. Cette unification fut difficile à obtenir en Europe car les chargeurs de ces pays, qui essayaient d'obtenir de leurs gouvernements une législation comparable à celle du Harter Act (plus protectrice de leurs intérêts), se trouvèrent confrontés à la puissance des transporteurs des pays ayant un armement important⁵⁰. Malgré cela, la prise de conscience de la nécessité d'une législation internationale uniforme en matière de transport maritime, la pression des chargeurs (et notamment celle des dominions anglais⁵¹) ainsi que le développement du crédit documentaire, firent évoluer les mentalités, ainsi « l'armement anglais se sentit sérieusement menacé et comprit que l'entente internationale dont il avait jusqu'ici écarté le principe, constituait la seule solution possible du problème »⁵². Les différentes parties furent donc amenées à réaliser une réforme par la voie d'une entente internationale. Ce mouvement fit dire à Ripert que le vingtième siècle assistait à la réalisation progressive de « l'unification internationale du droit maritime ». Il s'agissait plutôt en fait d'une « réunification internationale de la *lex maritima* »⁵³ du Moyen-âge qui avait été fragmentée dans des codifications « rigides » nationales.

20. Cette réforme initiée par des discussions entre chargeurs et armateurs en vue d'une rédaction des connaissements propre à satisfaire les deux parties, fut poursuivie à l'échelle institutionnelle par les grandes nations maritimes de l'époque, avec le concours des plus importantes associations maritimes (entre autres en liaison avec le CMI) et les représentants des groupements intéressés. Ces nations se réunirent en conférence à La Haye en septembre 1921 (sous l'égide de l'International Law Association) en vue de l'établissement d'une convention⁵⁴. Elles adoptèrent les règles sur les transports maritimes par connaissements,

⁵⁰ France, Grande-Bretagne.

⁵¹ Se rapporter sur ce point aux décisions prises par l'Impérial Shipping Committee, qui était l'organisme qui regroupait les chargeurs anglais et des Dominions de l'Empire britannique, en février 1921.

⁵² Paul de Rousiers, *Les Règles de la Haye, et leur mise en application. Le point de vue des armateurs français*, Revue internationale de droit maritime (Revue d'Autran, disparue en 1923), XXXIII, 683.

⁵³ Alexander Von Ziegler, *Alternatives and methods of unification or harmonization of maritime law*, Il diritto marittimo 1999, p. 232.

⁵⁴ Se réunit donc sur cette poussée, en août 1921 à Scheveningen, une assemblée préliminaire de l'Association de droit international (comité de droit maritime) qui mit principalement aux prises des intérêts anglais (sur les 43 participants on comptait 32 britanniques) : le chef de file des armateurs anglais (Sir Norman Hill) et le chef de file des chargeurs anglais (J.S.M. Mc Conechy). Cinq jours d'âpres discussions furent nécessaires pour mettre au point cette Convention.

connues sous le nom de « Règles de La Haye 1921 ». L'apport de ces Règles est qu'elles proposent un connaissance-type⁵⁵. Le souci des délégués réunis à La Haye était d'éviter une intervention législative car, comme l'indiquait le rapport du Président de la commission du connaissance à la Chambre de commerce internationale, « les Règles doivent plaire et recevoir l'appui de tous les intéressés »⁵⁶. Dans le même sens, la conférence internationale des armateurs de Londres de 1921 exprima le vœu qu'elles soient uniformément adoptées par voie contractuelle⁵⁷. Ces Règles sont le fruit d'un compromis entre armateurs et chargeurs : les armateurs abandonnant aux chargeurs le principe d'une présomption de responsabilité (responsabilité obligatoire pour les fautes de leurs préposés) ; les chargeurs, eux, devaient accepter un certain nombre de causes d'exonération et le principe de la limitation de responsabilité du transporteur⁵⁸. Mais, pour que ces bonnes résolutions soient appliquées, il était nécessaire qu'elles le soient par un nombre assez grand de praticiens⁵⁹ afin que le jeu de la concurrence ne se réduisît pas à néant⁶⁰. Ces règles furent un échec car les parties en présence ne respectèrent pas les engagements pris à La Haye. Cet échec semble avoir plusieurs causes, la principale étant la forme même de ces règles. La rédaction sous la forme d'un connaissance-type, inspirée du modèle anglo-saxon, est confuse : les règles fondamentales de la réforme sont noyées au milieu d'une série de dispositions sans intérêt, ces dispositions étant elles-mêmes placées les unes après les autres, sans qu'il soit fait de distinction entre celles qui reproduisaient le droit commun antérieur et celles qui le modifiaient.

S'agissant du contenu des Règles de La Haye, elles ont reproduit les principes essentiels du Harter Act⁶¹. L'échec de ces Règles pointa la nécessité d'une convention internationale et donc de leur transformation en texte impératif.

⁵⁵ Comme l'indiquent Messieurs Bonassies et Scapel, « il ne s'agit pas d'un texte impératif, mais d'un connaissance-type qui ne pouvait tirer sa force que d'une référence contractuelle – et qui pouvait être écarté au bénéfice d'une négligence clause classique ». Pierre Bonassies et Christian Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ Paris, 2006, n° 886, p. 571.

⁵⁶ Charles Haight, rapport figurant dans la Revue d'Autran, XXXIII, 1086.

⁵⁷ Massimiliano Rimaboschi, *Méthodes d'unification du droit maritime, contribution à l'interprétation uniforme*, thèse pour le doctorat en droit, Edizioni Università di Trieste, 2005, p. 92.

⁵⁸ Nathalie Soisson, *La liberté contractuelle dans les clauses du connaissance*, thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon-Assas, 1992, p. 9 et s.

⁵⁹ Cette condition avait été assez tôt identifiée par les armateurs français, Paul de Rousiers, *Les Règles de la Haye, et leur mise en application. Le point de vue des armateurs français*, op. cit.

⁶⁰ Les assureurs auraient dû refuser leur garantie lorsque le connaissance qui couvre les marchandises n'était pas conforme à ces connaissances-types, de même les banquiers à leur tour auraient dû refuser l'escompte des documents qui leurs étaient présentés à la suite de ventes commerciales, telles que les ventes maritimes CAF ou FOB, cf. F. C. G. Nabi, thèse pour le doctorat en droit op. cit. p. 11.

⁶¹ L'interdiction pour l'armateur de s'exonérer des fautes commerciales de ses préposés avec, comme contrepartie, l'exonération de plein droit des fautes nautiques et l'exonération des vices cachés du navire, le tout sous la condition d'une diligence raisonnable apportée par l'armement à l'accomplissement de ses obligations. Le

21. En octobre 1922, eu lieu à Bruxelles une nouvelle conférence diplomatique internationale, qui adopta finalement un projet de convention qui était, malgré l'opposition française⁶², la reproduction pure et simple des Règles de La Haye. Cette convention fut signée le 25 août 1924 par dix Etats qui représentaient à l'époque deux tiers du tonnage mondial⁶³. Les ratifications furent très lentes : selon les mots de Ripert, la plupart des pays étaient « effrayés »⁶⁴ par le texte emprunté aux Règles de La Haye. Les différents Etats qui s'étaient ralliés au texte international devaient en outre introduire dans leur législation interne les règles de la Convention de Bruxelles⁶⁵. Les ratifications et les adhésions furent nombreuses⁶⁶.

A côté des ratifications proprement dites, et à côté des lois nationales qui ont reproduit intégralement le texte de la Convention, on rencontre un certain nombre de lois qui ont adopté les règles essentielles avec certaines modifications d'importances variables, et parfois en modifiant simplement la limite de responsabilité de l'armateur⁶⁷.

problème est que parmi la multiplicité des causes d'exonération, y figurent certaines comme l'incendie inspiré du droit coutumier britannique et qui ne pouvait pas être introduites dans la législation continentale et en particulier celle française, sans en modifier profondément l'économie. F. Sauvage, *Manuel pratique du transport des marchandises par mer*, op. cit. p. 13.

⁶² Malgré la demande de Georges Ripert, représentant de la France, la commission (comme la conférence diplomatique) se refusa à toute modification de forme dans le projet de convention et à tout allègement du texte. La seule concession obtenue fut la signature d'un protocole de clôture de la convention aux termes duquel les Etats signataires peuvent donner effet à la Convention « soit en lui donnant force de loi, soit en introduisant dans leur législation nationale les règles adoptées dans la convention, sous une forme appropriée à cette législation ».

⁶³ « L'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, les Etats-Unis, la Grande-Bretagne, l'Italie, le Japon, la Pologne, la ville de Dantzig et la Roumanie ».

⁶⁴ Georges Ripert dans une note au Dalloz sous l'arrêt de la Cour de cassation du 08-06-1948, D 1948, 553. Celui-ci fut très critique sur ce texte, il estima ainsi lors de la première séance plénière du Sous-Comité que « it seemed impossible that so long document containing principally rules where application was discretionary should be introduced into internal legislation. In France the convention was considered as flawed because it originated from a prototype bill of lading drawn up at The Hague with the aim of producing a compromise between shipowners and shippers and of regulating completely the liability of one and the rights of the other. But the transformation of the prototype bill of lading into an internal convention comprising clauses such as those in article 4, which have no binding force since the article 5 the carrier is free to abandon all or some of the rights and immunities provided for by the convention, would certainly come up against difficulties. Mr. Ripert would like the commission to limite itself to conceding a few principles and to grouping them into five or six articles that would form an international convention binding in all its parts. This convention would determine the types of carriage to which the rules would apply and their obligatory character. Each state would be free, moreover, to reproduce in its internal law the precise text of the Hague Rules. He judged that the convention, as presently drafted, would meet with considerable opposition in the french legislature if a law had to be made of it ». Publié in *The travaux préparatoires of the Hagues Rules and of the Hague-Visby Rules*, Anvers, 1997, p. 49, procès verbal, p. 36.

⁶⁵ Certains Etats comme la Grande-Bretagne se bornèrent à reprendre le texte même de la Convention sans y apporter le moindre changement : la Grande-Bretagne adopta dès le 1^{er} août 1924, et avant même d'avoir ratifié la convention, une loi interne dite « The Carriage of Goods by Sea Act 1924 » qui en reproduisait les dispositions. La Belgique fit de même dans une loi du 20 novembre 1928 devenue l'article 91 de son Code de Commerce. D'autres Etats par contre ont été guidés par le souci d'adapter ce texte d'origine Anglo-Saxonne à la rédaction longue et parfois désordonnée à leur culture juridique.

⁶⁶ Espagne et Hongrie en 1930, Portugal et Monaco en 1931, Etats-Unis et Roumanie en 1937, Italie, Suède, Norvège et Danemark en 1938... (de nombreux Etats qui n'avaient pas pris part à la conférence de Bruxelles y ont adhéré à posteriori).

⁶⁷ A titre d'exemple on peut citer les Pays-Bas qui ont promulgué en 1924 une loi qui est un code complet de l'affrètement, où l'on rencontre la plupart des règles de la convention, mais avec une rédaction différente.

A l'heure actuelle, plus de cent Etats (dont plusieurs pays en développement) ont ratifié cette Convention ou y ont adhéré. La Convention est entrée en vigueur en 1931, elle l'est toujours et, pour des auteurs tels que Messieurs Scapel et Bonnaud, elle est « indiscutablement la grande Convention du vingtième siècle »⁶⁸. En effet, cette Convention était issue de la réalité du commerce et de l'entente des professionnels. C'est pour ces raisons qu'elle s'est affirmée dans la pratique comme le droit le plus répandu dans les transports maritimes. Cet outil conventionnel constitue une transaction destinée à vider les querelles entre les chargeurs et les transporteurs mais n'a pas pour but d'instaurer un régime complet pour le transport de marchandises par mer. Il vise seulement à faire reconnaître le connaissement comme étant un document de base d'opérations de crédit et à le protéger en tant que tel. En conséquence, la Convention ne s'applique qu'aux transports constatés par connaissement ou tout autre document similaire formant titre pour le transport des marchandises par mer.

22. La Convention de Bruxelles de 1924, n'ayant pas eu la « sagesse de prévoir sa périodique révision »⁶⁹, il est rapidement apparu nécessaire d'adapter celle-ci aux évolutions de la technique. Cette révision était principalement revendiquée par les chargeurs⁷⁰. D'une part, ils estimaient que les dispositions portant sur le régime de responsabilité du transporteur et notamment ses possibilités d'exonération, devaient être modifiées car celles-ci étaient floues et ambiguës. D'autre part, ils arguaient du fait que la diminution des risques maritimes due aux progrès de la technique devait aboutir à une nouvelle répartition des risques et notamment à la suppression de la possibilité pour les transporteurs de dégager leur responsabilité pour des risques dorénavant facilement évitables⁷¹. Une autre critique invoquée contre la Convention était le fait que celle-ci ne définissait pas précisément ce qu'elle régissait.

23. Le mouvement étant lancé, le CMI fut saisi, comme pour la Convention de 1924. L'avant-projet⁷² de cette révision fut préparé au cours de réunions tenues annuellement⁷³.

Francis Sauvage, *Manuel pratique du transport des marchandises par mer*, op. cit. p. 16.

⁶⁸ Christian Scapel et Jacques Bonnaud, *Les conventions internationales sur le transport des marchandises*, Pratic exporte, 1992, p. 6.

⁶⁹ René Rodière, *La révision de la Convention de Bruxelles relative aux transports maritimes internationaux*, Bulletin des transports et des chemins de fer, 1974, p. 14-41.

⁷⁰ Une première attaque fut lancée par les armateurs britanniques contre cette Convention après une décision des tribunaux anglais (affaire S/S Muncaster Castle⁷⁰) dans laquelle un armateur avait été condamné à réparer des dommages dus à un vice de son navire que la Chambre des Lords n'avait pas estimé entrer dans la catégorie des vices cachés au sens de la Convention. *Riverstone Meat C° versus Lancashire Shipping C°*, 1961, A.C. 807, obs. Bonassies, DMF 1963, 246.

⁷¹ René Rodière, *Traité général de droit maritime*, op. cit. T II 1968, n° 710 et s.

⁷² Une fois cet avant-projet élaboré, il fut envoyé au Gouvernement Belge qui convoqua la « Conférence diplomatique de droit maritime ». Elle se réunit pour la première fois en mai 1967, et rejeta en bloc le projet car celui-ci n'avait pas mis au point la manière dont la Convention serait modifiée.

C'est la douzième conférence diplomatique réunie à Bruxelles en février 1968 qui a abouti à la rédaction et à l'adoption du « Protocole portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance signée à Bruxelles le 25 août 1924 », dénommé par les Anglo-Saxons « Règles de Visby »⁷⁴.

Ce Protocole a précisé et étendu⁷⁵ le domaine de la Convention. En effet, l'article 10 de la Convention de Bruxelles de 1924 qui prévoyait qu'elle s'appliquerait à tout connaissance émis dans un Etat contractant était trop sommaire et avait donné lieu à des difficultés⁷⁶. Les rectifications apportées aux dispositions de la Convention de 1924 par ses Protocoles feront l'objet d'une étude ultérieure, celles-ci ne modifient pas fondamentalement l'ordonnancement de la Convention⁷⁷. Ces changements mineurs n'ont d'ailleurs pas donné pleine satisfaction aux chargeurs et notamment à ceux des pays en développement.

Par la suite, l'abandon de l'or comme valeur étalon en 1978 a conduit à adopter une nouvelle unité de compte afin que sa valeur suive l'évolution des principales monnaies et que la conversion en monnaies nationales soit simple.

Le Protocole de Bruxelles du 21 décembre 1979, mis en œuvre par le Fonds Monétaire International (FMI), a introduit le Droit de Tirage Spécial (DTS) comme unité de compte pour le calcul des limites de responsabilité du transporteur. Il est entré en vigueur le 14 février 1984⁷⁸.

Sur le plan interne, le législateur français a aligné, par la loi du 23 décembre 1986, la réglementation française par rapport aux modifications apportées par les Protocoles de 1968 et 1979 à la Convention de 1924.

24. Les années soixante ont vu naître dans le domaine du transport maritime un élément de discord. Il s'agit de la volonté des pays en développement de s'insérer dans la vie

⁷³ Conférence de Rijeka 1959 et conférence de Stockholm 1963.

⁷⁴ Protocole entré en vigueur le 23-06-1977 et qui lie la France depuis sa publication par le décret n°809 du 08 juillet 1977, D 1977, L 331.

⁷⁵ Le Protocole a admis que, par le jeu de la clause Paramount, soit donné effet à la Convention de 1924 modifiée, lorsque le connaissance y renvoie expressément, dans les cas où normalement elle ne s'appliquerait pas.

⁷⁶ Les tribunaux français ont eu à les régler, cf. René Rodière, *La réforme de la Convention de Bruxelles de 1924 sur les transports par connaissance*, Bulletin des Transports 1968, p. 90 et s.

⁷⁷ La principale modification apportée par le Protocole de 1968 à la Convention pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance de 1924, concerne le plafond de réparation. Ce Protocole ne modifie pas les principes de la Convention mais se borne avec quelques précisions utiles à relever les chiffres de la réparation. En outre a été substituée dans le calcul du plafond de limitation, la référence du Franc Poincaré à celle de la livre-or, et a été prévue une double limitation de la responsabilité du transporteur lui donnant le choix entre « colis ou unité » et « kilogramme de poids brut » (cette mesure, prise à l'initiative des Etats-Unis, permettait de prendre en compte les chargements par conteneurs). Par ailleurs, le plafond de responsabilité est désormais écarté en cas de faute inexcusable et non plus seulement de dol du transporteur. Pour une étude complète cf. Nathalie Soisson, op. cit., p. 15 et s.

⁷⁸ Ratifié par la France le 18 novembre 1989.

économique mondiale. Cette tentative fut appuyée par des revendications politiques. Parmi celles-ci, les pays en développement aspirèrent à une révision du droit des transports maritimes, estimant en effet que la Convention de Bruxelles et ses modifications favorisaient uniquement les armateurs.

Ce remaniement du droit maritime était inspiré par des considérations diverses. Il s'agissait, d'abord, de s'insurger contre le fait que le CMI, organe pendant longtemps unique oeuvrant pour l'unification du droit maritime, aurait subi l'influence des vieilles nations maritimes⁷⁹. Ensuite, il s'agissait de vues plus théoriques visant à aligner le droit du transport maritime sur le droit des autres modes de transport⁸⁰.

25. Les pays en développement, souhaitant réviser des règles qui leur paraissaient avoir été élaborées en leur absence par les grandes puissances maritimes au sein du CMI, ont amené les Nations unies à se saisir de la question⁸¹.

Ce projet de réforme du droit maritime international est apparu aux pays en développement comme quelque chose de crucial pour eux, car celui-ci était perçu comme permettant aux pays

⁷⁹ Cette observation paraît évidente puisque le CMI émane justement de ces nations, mais c'est ce qui permet d'expliquer que celui-ci ne jouit pas d'une autorité mondiale aux yeux des Etats du tiers monde. Michel Alter, *La Convention sur les transports de marchandises par mer (Règles de Hambourg)*, JDI, n°4, 1979, p. 795 et s.

⁸⁰ Claire Legendre, *La Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer*, DMF, 1978, p. 388 et s.

⁸¹ Au sein des Nations unies, deux organismes avaient vu le jour au début des années 60 : la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED 1964) et la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI 1966) qui avaient été créées sous la pression d'un mouvement de défense des chargeurs des pays en développement (Asie, Afrique, Amérique latine...). Le Professeur du Pontavice a expliqué la création de ces organismes par la volonté de faire cesser « le conflit dantesque entre le droit maritime dominant, celui qui découle de la « common law » et les aspirations des pays en développement », Emmanuel du Pontavice, *L'œuvre du Doyen Rodière en droit maritime*, DMF 1982, p. 719. Cette révision des règles et pratiques du connaissement a donc été inscrite dans le programme du groupe de travail de la CNUCED. Lors de sa deuxième réunion, ce groupe de travail a souligné, dans une résolution adoptée à l'unanimité, la nécessité de réviser la Convention. Cette résolution, adoptant certaines directives sur la manière d'examiner une réforme de la législation du transport de marchandises par mer, avait comme but avoué d'aggraver la responsabilité du transporteur maritime. Le groupe de travail de la réglementation internationale des transports maritimes chargea donc la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI 1966), dont les membres sont de formation plus juridique, d'élaborer un nouveau texte conformément aux directives du groupe de travail de la CNUCED (celle-ci étant plus un organe politique que de travail). Ce projet ambitieux destiné à remplacer la Convention de 1924 et les Protocoles la modifiant fut combattu par certains Pays développés à économie de marché (Michel Alter, *La Convention sur les transports de marchandises par mer*, op. cit., p. 795) qui refusaient de reconnaître compétence à la CNUCED et à la CNUDCI de s'attribuer de telles prérogatives alors que des organismes installés de longue date avaient déjà prouvé leur efficacité dans le domaine de la création et de l'adaptation de la législation maritime internationale (CMI). Malgré ces réticences, la CNUCED s'est attribuée une pareille compétence de substitution lors de sa réunion à Nouvelle-Delhi en mars 1968. Composé de 21 Etats, le groupe de travail de la CNUDCI (dont le nombre important s'explique par l'ampleur de la tâche), à l'issue de sa huitième session, a adopté un projet de convention. Ce projet fit ensuite la navette entre la CNUCED et la CNUDCI qui l'adopta finalement lors de sa neuvième session du 12 avril au 17 mai 1976 à New York. Ces travaux préparatoires réalisés par la CNUDCI ont duré sept ans : le but de cet organisme était « de réviser les aspects économiques et commerciaux de la législation et de la pratique internationale dans le domaine des connaissements, sous l'angle de leur conformité aux besoins du développement économique, notamment des Pays en voie de développement, et de formuler les recommandations appropriées » Traduction de Nathalie Soisson in, *La liberté contractuelle dans les clauses du connaissement*, thèse pour le doctorat en droit, op. cit., p. 20.

développés « d'assurer leur maîtrise sur les marchés extérieurs et en particulier sur les pays en développement »⁸².

26. Un projet a été soumis, en mars 1978, à une conférence de plénipotentiaires convoquée par l'Assemblée générale des Nations unies à Hambourg.

La Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer a été adoptée après de nombreux débats, le 31 mars 1978, par les représentants de 72 Etats⁸³, en présence de 8 organisations gouvernementales et 7 organisations semi-gouvernementales. Ce projet de la CNUDCI fut bien près de connaître l'échec en raison des clivages : d'un côté, les représentants des pays en développement⁸⁴ marquaient leur accord en faveur du projet alors que certains grands Etats maritimes manifestaient leur intention de revenir au régime de la Convention de 1924 ou souhaitaient encore alléger la responsabilité du transporteur.

Les Règles de Hambourg⁸⁵ sont entrées en vigueur le 1er novembre 1992⁸⁶ (grâce à la ratification de la Zambie)⁸⁷. Elles furent considérées par leurs instigateurs, les pays en développement représentant les deux tiers de la conférence, comme un succès politique à mettre à leur actif.

En ce qui concerne les sources d'inspiration de ces Règles, le Professeur du Pontavice insiste sur « l'influence importante que les auteurs anglo-saxons passent régulièrement sous silence... de la loi de 1966 relative à l'affrètement et au transport maritime sur la Convention de Hambourg concernant le transport de marchandises par mer de 1978... »⁸⁸.

⁸² Nathalie Soisson, op. cit., p. 19.

⁸³ Soixante-huit se prononcèrent et 4 s'abstinrent : Canada, Grèce, Libéria, Suisse.

⁸⁴ L'expression pays en développement a remplacé celle de pays en voie de développement. Cette expression est utilisée pour désigner des pays qui, malgré la diversité de leurs situations individuelles, se caractérisent par l'étendue et l'importance de leurs déficiences (faiblesse du revenu national, insuffisance des ressources alimentaires, sous-industrialisation ...) *Lexique des termes juridiques*, Dalloz 15ème éd, 2005. On désigne traditionnellement un groupe de 77 Etats au sein de l'ONU.

⁸⁵ Comme ses rédacteurs l'ont expressément souhaité en hommage à l'hospitalité accordée par la ville Hanséatique de Hambourg, Pierre Bonassies, *Le domaine d'application des règles de Hambourg*, in n° spécial IMTM, *L'entrée en vigueur des Règles de Hambourg*, 1992, p. 15 et s.

⁸⁶ Cette Convention, dénommée Règles de Hambourg, devait conformément à son article 30 entrer en vigueur « le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date du dépôt du vingtième instrument de ratification, d'acceptation ou d'adhésion ».

⁸⁷ La France quant à elle, a signé la Convention le 18 avril 1979 et a autorisé la ratification de cette Convention par la loi du 15 avril 1981. Malgré cela, celle-ci n'a toujours pas été ratifiée.

⁸⁸ Bien entendu l'extension de la responsabilité du transporteur réalisée par les Règles de Hambourg est également due à l'influence des dispositions similaires contenues dans les conventions internationales sur le transport de marchandises par rail, par route ou par air, mais la formulation spécifique des règles est bien due à la loi française de 1966. Monsieur du Pontavice, évoquant cette extension de la responsabilité du transporteur, fait référence aux principaux apports des Règles de Hambourg qui modifient le régime de responsabilité du transporteur : d'abord en substituant la présomption de responsabilité dont il faisait l'objet par une présomption de faute, ensuite en renversant la charge de la preuve : le transporteur est responsable des pertes ou dommages « à moins qu'il ne prouve que lui-même, ses préposés ou mandataires ont pris toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement être exigées pour éviter l'évènement et ses conséquences » (art. 5), et enfin en supprimant la

Cet historique permet de constater la pluralité de normes applicables au droit du transport international de marchandises par mer. Cette coexistence contemporaine de différentes normes soulève la question de l'uniformité du droit. On peut supposer que celle-ci est souhaitée, pour des raisons pratiques, par les magistrats et autres avocats, praticiens du droit. Qu'en est-il s'agissant de la doctrine ?

liste des cas exceptés (et en particulier en supprimant la faute nautique considérée comme défavorable aux chargeurs). Cf. Emmanuel du Pontavice, *L'œuvre du Doyen Rodière en droit maritime*, DMF 1982, p. 657.

Section II – L'uniformité du droit : idéal et réalité

27. Le besoin d'une certaine homogénéité ou cohérence du droit, en un mot d'une uniformité, est exprimé classiquement. Celui-ci peut-il être vérifié ?

28. Les normes de l'ordre juridique, le « droit », règlent la conduite des hommes en relation avec le temps et l'espace⁸⁹. Le domaine de validité spatial et temporel de la norme peut avoir vocation à être plus ou moins étendu. Les hommes ont eu très tôt tendance à vouloir propager les règles de droit qu'ils créaient : c'est l'apparition de l'idée d'une communauté de droit transcendant les frontières. L'idéal d'un droit unifié était né.

La simple idée d'un droit unifié ou unique, ou en tout cas cette vocation du droit à l'universalité, est assez ancienne (et difficile à dater de façon précise) et partagée par de nombreux auteurs⁹⁰. Comme l'exprime le Professeur Malaurie, « la marque du génie humain est la diversité en même temps que l'unité est un besoin qui a toujours hanté les hommes, pas seulement dans la vie sociale, mais dans tous les domaines... »⁹¹. On trouve déjà l'idée d'un droit naturel en Grèce⁹². Chez les Romains, c'est le *jus gentium* à vocation universelle⁹³. L'âge des Lumières et la Révolution de 1789 ont aussi développé une telle aspiration à l'universalité fondée sur le fait que la loi écrite, expression de la volonté générale, est la garantie suprême de l'individu. Montesquieu et Rousseau ont placé la loi au centre de leurs réflexions politiques. Pour les « esprits éclairés », la loi apparaissait comme le pur produit de la raison et de l'évolution alors que les coutumes, d'origines incertaines, diverses, complexes, étaient un symbole manifeste de l'irrationalité. A cette époque, l'homme est perçu comme étant le sujet central du monde. C'est le moment des grandes déclarations des droits de l'homme et du citoyen. Tout système juridique doit être organisé autour de ce sujet car il porte en lui des principes de vie en société, des règles élémentaires, et de ce fait, immuables. Il en

⁸⁹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd. , 1962, p. 17.

⁹⁰ Kant cherchait le « principe universel du droit », selon lequel « est juste toute action qui permet ou dont la maxime permet à la liberté de l'arbitre de tout un chacun de coexister avec la liberté de tout autre suivant une loi universelle », Kant, *Métaphysique des mœurs*, première partie, *Doctrine du droit*, introduction à la doctrine du droit, préface de Michel Villey, Librairie philosophique J. Vrin Paris 1986, p. 104. Savigny basait lui sa réflexion sur la « communauté du droit entre les différents peuples », Pierre Mayer, *Droit international privé*, 3^{ème} éd. Montchrestien, Paris 1987.

⁹¹ Philippe Malaurie, *Loi uniforme et conflits de lois*, Travaux du Comité français de droit international privé, 1967, p. 83.

⁹² Les Grecs admettaient l'idée de normes supérieures, dont l'origine n'était pas purement humaine. On en trouve une référence dans l'*Antigone* de Sophocle quand celle-ci affirmait avoir obéi « à des lois non écrites des dieux, qui ne sont ni d'aujourd'hui ni d'hier ». Jean-Louis Thireau, *Introduction historique au droit*, Champs Université Flammarion, 2001, p. 37.

⁹³ Michel Villey, *Considérations intempestives sur le droit des gens*, Archives de philosophie du droit, Tome 32, le droit international, éd. Sirey 1987, p. 13-19.

résulte un droit applicable universellement. Cette conception du droit interne a inspiré des générations de juristes et a naturellement été transposée dans l'ordre international.

29. C'est au cours du premier quart du vingtième siècle, et notamment sous l'impulsion de Lévy-Ullmann, que des juristes, attirés par le droit comparé⁹⁴, s'orientèrent vers la recherche d'un « droit mondial du vingtième siècle ». A cette époque, « on se plaisait à souligner les inconvénients, sinon la contradiction intime, que présentait la disparité des lois nationales dans un monde où se développaient intensément les relations entre Etats et qui prétendait organiser une « Société des Nations »⁹⁵. C'est l'accroissement important des relations internationales privées au vingtième siècle qui a déclenché un processus d'unification internationale soutenu par des organismes tels que la CNUDCI et UNIDROIT⁹⁶. Ces organisations à vocation universelle ont pour but d'uniformiser le droit. A une échelle géographique plus modeste, la Communauté européenne adopte des règles de droit qui seront les mêmes pour tous les Etats membres. Ces efforts ont été relayés par des auteurs, ainsi les manuels d'introduction au droit comparé énoncent, à quelques exceptions près, parmi les objectifs de leur matière, l'unification internationale du droit⁹⁷.

30. L'idéal d'uniformité du droit est ancien et concerne tant le droit interne que le droit international. Pourtant, dans la réalité, cet idéal est-il réalisable (paragraphe 1) ou n'est-il pas plutôt souhaitable de parvenir à une uniformité relative du droit (paragraphe 2) ?

Paragraphe 1 – L'idéal d'uniformité du droit

31. L'uniformité du droit exerce un attrait idéologique sur les esprits épris de systématisation. Comme le souligne le Professeur Delmas-Marty, « le droit a horreur du multiple. Sa vocation c'est l'ordre unifié et hiérarchisé, unifié parce que hiérarchisé »⁹⁸. Cette uniformité apparaît comme un idéal de simplicité, de méthode, d'ordre. Le droit est, en effet, l'ordre juridique. Il est destiné à régir les rapports humains, à éviter les tensions. L'uniformité étant rarement spontanée, l'intervention du législateur est nécessaire. Dans cette optique,

⁹⁴ C'est lors d'un congrès international réuni à Paris en 1900 à l'occasion de l'exposition universelle que des juristes attirés par le droit comparé imaginèrent un « droit commun de l'humanité civilisée », fondé sur les principes communs aux « nations civilisées », Raymond Saleilles, *Congrès international de droit comparé*, LGDJ, Paris, 1900, p. 13.

⁹⁵ Marc Ancel, *Rapprochement, unification ou harmonisation des droits ?* op. cit. , p. 3.

⁹⁶ L'Institut international pour l'unification du droit privé a été créé à Rome en 1926 à l'initiative du Gouvernement italien et du conseil de la Société des Nations. L'Institut international œuvre pour l'unification et l'harmonisation des règles de droit privé dans le domaine économique.

⁹⁷ René David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 10^{ème} éd. Paris, 1992, p. 8.

⁹⁸ Mireille Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil essais, 1998, p. 104.

l'unification législative apparaît comme un travail d'élaboration scientifique de la solution la meilleure et la plus appropriée aux besoins communs. Parvenir à uniformiser le droit nécessite un effort de recherche pour adopter un droit le plus efficace et le plus simple possible. Ces deux qualités sont indispensables pour que ce droit réussisse l'ambitieuse tâche qui lui est assignée : celle de devenir un droit uniforme. En effet, que souhaiter de mieux qu'un droit unifié ou unique ?

L'uniformité paraît de ce fait être porteuse de simplification. Cette simplification résulte de la substitution d'un droit unique à la multitude des droits applicables. L'uniformité permettra aussi d'assurer l'effectivité du droit car « il semble que la multiplication des normes, leur instabilité, leur excessive complexité faite de sédiments successifs pas ou peu cohérents, rend presque impossible un respect scrupuleux du droit »⁹⁹.

32. En matière internationale, cette complexité est encore renforcée par les problèmes de traduction ou de compréhension d'un système juridique étranger auxquels les juges vont être confrontés lorsqu'il s'agit d'appliquer des lois étrangères qui ne leur sont pas coutumières. De plus, les rapports internationaux ayant parfois de multiples éléments de rattachement avec plusieurs Etats, les parties se trouvent confrontées à plusieurs droits potentiellement applicables : on comprend l'imprévisibilité qui en découle. C'est pour cela que Messieurs David et Jauffret-Spinosi estiment que « l'une des tâches principales qui incombent au juriste soucieux de faciliter les rapports internationaux est de tenter de mettre fin à ces divergences ; dans un monde où les rapports internationaux ont pris une si grande importance, il convient de donner une assise sûre à ces rapports. Une entente doit être réalisée entre les divers pays pour que partout soit appliqué, à un rapport donné, le même droit. Les Etats doivent élaborer et accepter en la matière, des solutions uniformes »¹⁰⁰.

33. Le Professeur Battifol a assigné deux objectifs au droit international privé qui peuvent être étendus au droit du transport international de marchandises par mer en ce qu'il concerne lui aussi des personnes privées impliquées dans des relations juridiques internationales¹⁰¹. Ces deux objectifs sont l'harmonie internationale des solutions¹⁰² et leur prévisibilité¹⁰³.

En ce qui concerne la prévisibilité du droit, ce caractère semble inhérent à la nature même du droit qui se veut « le triomphe (aussi durable que possible bien que jamais définitif) de la

⁹⁹ B. Seiller, *La reconnaissance d'un droit au droit*, in *L'accès au droit*, colloque organisé le 8 juin 2001 par le Centre de recherche en droit privé de l'Université de Tours, Publication de l'Université François Rabelais, Tours, 2002, p. 42.

¹⁰⁰ René David et Camille Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 11^{ème} éd. 2002, Dalloz Paris, n° 7 p. 7.

¹⁰¹ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien Paris, 8^{ème} éd. 2004, n° 2 p. 2.

¹⁰² Henri Battifol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1956, p. 212 et s.

¹⁰³ Henri Battifol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ Paris, 1979, p. 131.

stabilité sur le mouvement »¹⁰⁴. La prévisibilité est généralement associée à la lisibilité de la règle de droit, à son accessibilité et à sa stabilité qui sont autant de caractères de la sécurité juridique. Pour Messieurs Jacquet et Delebecque, l'adoption d'une réglementation en matière de commerce international devrait assurer « stabilité et sécurité »¹⁰⁵ aux relations juridiques et favoriser ainsi le développement des échanges dans la société internationale.

Si le développement des échanges est un objectif qu'il n'est pas nécessaire de démontrer, il faut en revanche accepter l'axiome selon lequel la sécurité juridique permet d'y parvenir. La sécurité juridique est une notion protéiforme¹⁰⁶ qui connaît de nombreux développements actuels devant les juridictions administratives¹⁰⁷ et judiciaires¹⁰⁸. Du fait du caractère complexe et incertain de cette notion, il est nécessaire de la manier avec précaution.

En ce qui concerne à présent l'harmonie internationale, celle-ci permet d'assurer la prévisibilité du droit. L'harmonie internationale idéale serait de parvenir à une législation unique applicable aux relations internationales, en un mot d'unifier le droit.

34. Ainsi l'existence d'un droit uniforme permettrait d'éliminer les malentendus et difficultés des civilisations qui doivent vivre ensemble¹⁰⁹ et par ce biais faciliterait les échanges. La diversité des lois dans le domaine des échanges commerciaux a un coût

¹⁰⁴ M. Chevallier-Gendreau, *Introduction générale au droit*, Paris, Eyrolle, 1990, p. 77.

¹⁰⁵ Jean-Michel Jacquet et Philippe Delebecque estiment que le commerce international « a un besoin vital de droit » qu'« il apporte aussi stabilité et sécurité » (...) et qu'« il est à prévoir que le commerce se déployant dans une société foncièrement homogène et où les conflits d'intérêts sont considérables et les enjeux énormes, toutes les fins du droit seront sollicitées ». In *Droit du commerce international*, 3^{ème} édition Cours, Dalloz Paris 2002, n° 8.

¹⁰⁶ Le Professeur Chapus relève que « les facettes du principe de sécurité juridique sont innombrables », *Droit administratif général*, T1, Montchrestien 2001, p. 106.

¹⁰⁷ Ce principe de sécurité juridique a été consacré par le Conseil d'Etat dans la décision « société KPMG » du 24/03/2006, cet arrêt faisant suite aux préoccupations relatives à la sécurité juridique figurant dans le Rapport public 2006 de la Section du Rapport et des études du Conseil d'Etat. Paul Cassia, *La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes*, D 2006, n° 18, p. 1190 et s. D'autre part il faut indiquer que le Conseil constitutionnel statue sur la conformité des lois au principe de sécurité juridique. Cf. sur ce point B. Mathieu, *La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient*, *Mélanges Patrice Gélard*, LGDJ Paris 1999, p. 302.

¹⁰⁸ La Cour de cassation considère, au sujet de l'application immédiate des solutions jurisprudentielles nouvelles, que les justiciables ne sauraient revendiquer le droit au maintien d'une jurisprudence « figée », « immuable » ou encore « constante ». Sur ce point, entre autres, Cass. Civ. I. 09/10/2001, D 2001, J. p. 3470 ; Cass. Civ. II 08/07/2004, D 2004, J. p. 2956 ; Cass. Soc. 17/12/2004, D 2005, IR, p. 110. Cette jurisprudence et le Rapport Molfessis sur les revirements de jurisprudence (qui a été remis au premier Président de la Cour de cassation le 30/11/2004 et qui encourage la Cour de cassation à poursuivre dans ce sens, tout en préconisant que la Cour suprême puisse moduler dans le temps les effets de sa décision en s'abstenant d'appliquer la solution nouvelle à certaines espèces) sont très critiqués par la doctrine. Selon d'éminents auteurs, cette rétroactivité des revirements de jurisprudence porte atteinte à la séparation des pouvoirs, à la prohibition des arrêts de règlement mais aussi et surtout au principe de sécurité juridique. Cf. sur ce point : C. Radé, *La rétroactivité des revirements de jurisprudence*, D 2005, Chronique, p. 988. Vincent Heuzé, *A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence, une réaction entre indignation et incrédulité*, JCP éd. générale 2005, n° 14, 1 p. 671. William Dross, *La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? (à propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence)*, D 2006, Chronique p. 472.

¹⁰⁹ En ce sens, cf. colloque sous la direction de M. Cappelletti, *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Leyden et Bruxelles, 1978.

économique. En effet, reprenant l'analyse économique du droit du Prix Nobel d'économie Monsieur Coase, le Professeur Muir Watt montre que tant l'information sur le contenu d'une loi étrangère que l'application d'une législation protectrice de l'une des parties ont un coût économique¹¹⁰.

35. En définitive un droit unifié, simple et stable, semble le meilleur moyen d'assurer aux particuliers une certitude raisonnable quant à la loi applicable.

Pourtant, comme le souligne le Professeur Ancel : « cette unification formelle, hier tant vantée, est aujourd'hui l'objet de critiques multiples »¹¹¹.

Paragraphe 2 - Un besoin relatif d'uniformité

36. L'idée selon laquelle le droit international a besoin d'uniformité doit être relativisée tant en ce qui concerne la possibilité d'arriver à une telle uniformité qu'à propos de l'intérêt d'un tel processus.

37. Il apparaît d'abord que la recherche de l'uniformité est confrontée dans la réalité à de nombreux obstacles.

Le concept même d'uniformité du droit pose des difficultés car celle-ci peut varier sur trois aspects :

- le champ d'application géographique de l'uniformité peut être plus ou moins large (universel, régional, national) ;
- le champ d'application matériel (la ou les matières visées) : l'uniformité peut ne viser que certaines matières, qu'un type d'activité ou au contraire viser toutes les branches du droit ;
- l'intensité de l'uniformité : il peut s'agir d'une uniformité matérielle ou conflictuelle, d'une uniformité globale ou limitée ou encore absolue ou relative (elle ne s'appliquera que pour des relations concernant des Etats contractants).

Il apparaît ainsi que parler d'uniformité peut prêter à confusion tant le terme peut désigner des phénomènes différents.

L'uniformité absolue, totale, même si elle est concevable en théorie, est irréalisable en pratique. L'unification absolue qui serait une unification politique, juridique, judiciaire et linguistique est impossible du fait de la diversité des ordres juridiques et du respect de leur indépendance. L'uniformité est actuellement présentée comme un mythe, l'usage de la

¹¹⁰ Horatia Muir Watt, *Law and economics : quel rapport pour le droit international privé ?*, in études offertes à Jacques Ghestin, *Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ Paris, 2001, p. 693 et 694.

¹¹¹ Marc Ancel, *ibid.*, p. 5.

dénomination « mythe » participant à l'entreprise de contestation et de déconstruction de l'uniformité¹¹². Il ne viendrait à l'idée de personne aujourd'hui de proposer une uniformité totale du droit. Cette idée apparaît même dangereuse car il y aurait un risque de totalitarisme, d'hégémonie d'un système. L'uniformité, si elle est envisagée, l'est de façon fragmentaire. Montesquieu développait déjà une telle idée en 1748 en écrivant qu'« il y a certaines idées d'uniformité qui saisissent quelques fois les grands esprits mais frappent infailliblement les petits. Ils y trouvent un genre de perfection qu'ils reconnaissent, parce qu'il est impossible de ne pas le découvrir, les mêmes poids dans la police, les mêmes mesures dans le commerce, les mêmes lois dans l'Etat, la même religion dans toutes ses parties. Mais cela est-il toujours à propos, sans exception ? Le mal de changer est-il toujours moins grand que le mal de souffrir ? Et la grandeur du génie ne consisterait-elle pas mieux à savoir dans quel cas il faut de l'uniformité, et dans quel cas il faut des différences ? (...) Lorsque les citoyens suivent les lois, qu'importe qu'ils suivent la même ? »¹¹³.

L'uniformité sera ainsi impossible dans des domaines où les divergences sont trop fortes. Il y a ainsi une place « pour une unification limitée du droit qui ne porte qu'une atteinte partielle à la souveraineté des Etats par le jeu des traités librement consentis et à l'objet soigneusement délimité »¹¹⁴. Les partisans du droit uniforme s'efforcent alors de dégager les matières ou branches du droit les plus propices. Cet effort pour circonscrire le domaine d'élection d'une réglementation uniforme est motivé par un souci d'élaborer un système de droit intrinsèquement cohérent. Pourtant, même dans une branche du droit considérée comme propice à l'uniformité, comme peut l'être le droit du commerce international (les relations étant en ce domaine fortement « internationalisées »), le processus est fragmentaire : il ne concerne que certains contrats, certaines relations. Pour atteindre une uniformité du droit, il est nécessaire de faire le choix d'une tradition juridique, d'une législation pour élaborer le droit uniforme ou alors de faire des compromis entre des législations, ce qui pose d'évidents risques de désaccord entre les Etats. En outre, il est fréquent que même pour les relations qui font l'objet d'un droit uniforme au niveau international, subsiste toujours un droit national. De ce point de vue, l'uniformité du droit international peut avoir un effet perturbateur. Ainsi que le souligne Monsieur Marchand, « l'harmonisation « horizontale » du droit implique en effet

¹¹² Didier Guignard, *La notion d'uniformité en droit public français*, thèse pour le doctorat en droit, Université des sciences sociales Toulouse I, 2002, p. 6 et s.

¹¹³ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, éditions Flammarion, Paris 1979, tome 2, livre XXIX, chapitre XVIII p. 307 et s.

¹¹⁴ Philippe Malaurie, *Lois uniforme et conflits de lois*, Travaux du Comité français de droit international privé, 1967, p. 84.

une désorganisation « verticale » ; ce que le droit gagne en cohérence internationale, il le perd en rationalité nationale »¹¹⁵.

38. Il apparaît alors que, malgré l'effort pour rendre le droit prévisible, cette prévisibilité restera relative. Monsieur Muzny¹¹⁶ a montré que la prévisibilité du droit va dépendre de trois paramètres : le langage, l'interprète et le temps : du langage qui limite la prévisibilité de la loi « en raison de son abstraction » car les « mots constituent une représentation appauvrie de la réalité qu'ils expriment » ; de l'interprète car le juge est tributaire d'un « conditionnement social » et de « sa norme personnelle » ; et enfin du temps car « le droit subit continuellement les caprices du temps qui passe ». La conclusion de ces constatations étant que « l'insécurité juridique apparaît comme une insécurité structurelle, inhérente au système juridique car impliquée par les déficiences et lacunes intrinsèques à ce système »¹¹⁷.

39. L'utilité même de tendre vers l'uniformité du droit est contestable : le droit ne se doit-il pas d'être adapté aux personnes à qui il est destiné, adapté aux matières en cause ? Par exemple, le droit pénal étant à la fois un droit permettant de protéger la société et de réprimer des comportements, il apparaît normal qu'il soit rigide. En revanche, le droit commercial étant un droit visant à encadrer et faciliter la circulation des richesses (biens et services), il a besoin de souplesse, de rapidité. Il est légitime qu'il laisse les parties assez libres d'aménager leurs rapports. Il doit aussi pouvoir varier en fonction des impératifs conjoncturels¹¹⁸, ce droit devant évoluer au regard des conditions sociales, économiques et surtout selon la loi du marché. En outre, y a-t-il un réel besoin d'unifier le droit ? Si ce besoin est affirmé sur le plan économique, il est beaucoup plus contestable sur le plan juridique. En effet, plutôt que d'essayer d'élaborer une législation unique rigide et parfois inadaptée, il suffit d'élaborer un système permettant de choisir la loi interne applicable à une relation internationale en fonction de critères de rattachement. C'est ce que réalisent les règles de conflits.

La diversité peut aussi apparaître comme « un facteur d'efficience »¹¹⁹. Ainsi, en matière contractuelle, les parties vont avoir à leur disposition plusieurs règles de droit. Elles pourront choisir la réglementation la plus adaptée à leurs rapports. En outre, une règle de droit efficace

¹¹⁵ Sylvain Marchand, *Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale, mise en œuvre de la Convention des Nations unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse*, Collection Genevoise, Faculté de droit de Genève, 1994, p. 30.

¹¹⁶ Petr Muzny, *La prévisibilité normative : une notion absolument relative*, Revue de la Recherche Juridique, 2006 I, p. 31 et s.

¹¹⁷ M. Mazon, *L'insécurité inhérente au système juridique*, thèse dactylographiée, faculté de droit de Dijon, 1979, p. 82.

¹¹⁸ On rejoint alors la fameuse phrase de Portalis tirée du *Discours préliminaire au projet de Code civil* (1804) selon laquelle « Les codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler on ne les fait pas ».

¹¹⁹ Louis Vogel, introduction : *Unifier le droit : le rêve impossible ?* in *Unifier le droit : le rêve impossible ?* Editions Panthéon-Assas, Paris, 2001, p. 7.

et adaptée à un pays, une région, une culture juridique ou même à une profession, ne le sera pas forcément ailleurs. C'est pour cela que le droit apparaît plus pragmatique : il est moins fondé sur des principes abstraits que sur des pratiques sociales. C'est le développement du « droit négocié ». Cette méthode est très utilisée en matière de droit du commerce international où les groupes représentatifs sont sollicités pour participer à la phase d'élaboration d'un droit qui sera le fruit de négociation entre intérêts divergents. Ce pragmatisme amène à abandonner toute idée d'universalisme du droit au profit d'un certain relativisme de celui-ci. Il s'agirait de se « fonder sur le désordre apparent qui favorise la diversité, donc le pluralisme, et de travailler à ordonner le multiple... »¹²⁰.

40. Enfin, l'utilité de parvenir à une uniformité du droit apparaît moins évidente dans la mesure où en matière de droit international privé, les parties ont à leur disposition des outils leur permettant de parvenir à une prévisibilité du droit applicable à leurs litiges. Ces outils sont les contrats-types, usages du commerce international, arbitrage, autant de composantes de ce qui a été dénommé la « Lex Mercatoria ». Cette participation des commerçants à la formation d'un droit uniforme particulier, à la frontière imprécise et composé d'éléments divers, constituerait la manifestation d'un droit post-moderne. Le droit moderne, élaboré par les Etats et caractérisé par ses aspirations à l'universalisme, à l'unité de la raison juridique, à la simplicité et à la sécurité des relations juridiques, aurait fait place à un droit complexe, relatif, dans lequel la société civile a un rôle au stade de l'élaboration¹²¹. Comme l'exprime le Professeur Terré, « le pluralisme, c'est la société contre l'Etat. Ou, plus exactement, les sociétés, les groupements contre l'Etat »¹²². Dans le même ordre d'idée, le Professeur Delmas-Marty constate « l'apparition d'un nouveau processus d'engendrement des normes fondé sur l'affaiblissement du processus hiérarchique. C'est cet affaiblissement qui entraîne un recul de l'Etat au profit d'un marché sans frontières, dont il semble que le véritable pilier soit le contrat, au risque de devenir « celui d'un totalitarisme du marché »¹²³ »¹²⁴. Cette intervention des opérateurs du commerce international ne réalise-t-elle pas une appropriation, ou comme Monsieur Putzeys la qualifie, une « privatisation du processus d'uniformisation du

¹²⁰ Mireille Delmas-Marty, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil essais, 1998, p. 76.

¹²¹ André-Jean Arnaud, *Entre modernité et mondialisation, cinq leçons de philosophie du droit et de l'Etat*, Droit et société, LGDJ 1998, p. 152 et 153.

¹²² Dominique Terré, *Le pluralisme du droit*, in *Le pluralisme*, Archives de philosophie du droit, T. 49, 2005, p. 78.

¹²³ Laurence Boy, *Les « utilités » du contrat*, in Les petites affiches, n° 109, 10 septembre 1997, p. 3 et s.

¹²⁴ Mireille Delmas-Marty, op. cit. p. 84.

droit »¹²⁵ ? Une réponse à cette question pourra être apportée par une étude de la coexistence des règles applicables au contrat de transport international de marchandises par mer.

¹²⁵ Jacques Putzeys, *Le droit uniforme désuniformisé*, in *Uniform law in Practice* (International Congress Rome 7-10 :09 :1987), New York, éd. Oceana, Rome, éd. Unidroit, 1988, p. 447.

Section III – L'uniformité du droit applicable au transport international de marchandises par mer : définitions et questionnement

Il s'agira, afin de définir l'objet de la recherche (paragraphe 1), de circonscrire le sujet stricto sensu mais aussi de préciser le vocabulaire employé et, par le biais du vocabulaire, de rendre apparente la problématique que ces développements vont traiter (paragraphe 2).

Paragraphe 1- Définitions de l'objet de la recherche

41. Le droit du transport maritime est limité aux règles applicables à l'acheminement de marchandises ou de personnes par voie maritime. Le transport de marchandises par mer s'effectue principalement par deux contrats bien distincts, un contrat de vente (il n'y aura pas de contrat de vente lorsque le chargeur est aussi le destinataire : il reste propriétaire de la marchandise) et un contrat de transport de marchandises par mer (il n'y aura pas un tel contrat lorsque le propriétaire de la marchandise est aussi propriétaire du navire sur lequel elle est transportée). Seul ce dernier contrat fera l'objet de cette étude. Il est conclu pour deux types de marchandises : soit une cargaison en vrac, soit une unité de charge ou de colis. Le premier type de cargaison fait l'objet d'un contrat d'affrètement au voyage constaté par une charte-partie. Il ne s'agit pas d'un contrat de transport puisqu'il porte sur la mise à disposition d'un navire et non sur le transport d'une marchandise. Le second type de marchandises fait l'objet d'un contrat de transport sous connaissement¹²⁶. Il s'agira d'étudier les transports de marchandises par mer constatés par un connaissement¹²⁷, le connaissement n'étant pas le contrat de transport lui-même mais un document délivré par un armateur qui atteste que le capitaine a reçu telle marchandise sur son navire. Comme le souligne le Professeur Le Bayon « le développement du commerce maritime international a conduit à conférer au connaissement une seconde fonction : celle d'être un titre représentatif de la marchandise qui s'y trouve décrite. De ce fait, le connaissement est devenu un titre négociable. Enfin, dans le

¹²⁶ Pour un rappel de cette distinction, cf. Yves Tassel, *L'affaire du Rafaela S ou l'indélicat connaissement nominatif*, DMF 2005, n° 663, p. 795 et s.

¹²⁷ Un élément vient pourtant compliquer cette distinction. Un affrètement pourra donner lieu à un connaissement de charte-partie et ainsi permettre l'application de la Convention de Bruxelles de 1924 portant unification de certaines règles en matière de connaissement et de la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg de 1978).

cadre d'un transport maritime, le connaissance constitue le titre faisant preuve du contrat »¹²⁸.

42. Le transport sous connaissance peut être interne ou international. Dans le cadre d'une étude sur l'uniformité du droit, seuls les transports internationaux seront étudiés. Le transport est international lorsqu'il présente un élément d'extranéité¹²⁹, impliquant au moins deux Etats différents. Cette définition juridique classique du contrat international (présentant un élément d'extranéité) doit être enrichie du critère économique. Il est, en effet, fréquent que les tribunaux considèrent comme international, du point de vue de la définition économique, un transport qui ne le serait pas du point de vue de la définition juridique. Ainsi, la jurisprudence récente admet l'internationalité au sens économique d'un contrat, ne comportant pas d'élément d'extranéité, mais où il apparaît que les marchandises sont d'origine étrangère, ou destinées à une exportation.

43. Précisons le vocabulaire utilisé. L'expression droit uniforme peut avoir deux acceptions différentes : le fait d'unifier et le fait d'uniformiser¹³⁰. Sémantiquement, ces deux termes ont un contenu différent puisque l'« unification » représente le fait d'unifier qui signifie « faire de plusieurs éléments une seule et même chose »¹³¹. En revanche, l'« uniformisation » renvoie au fait d'uniformiser qui signifie « rendre semblables ou moins différents »¹³². Il y a donc une différence de degré. Le Professeur Ancel fait ainsi la différence entre l'unification législative qui serait menée par les Etats et qui porterait sur l'élaboration de règles légales d' « ambition mondialiste », et l' « uniformisation spontanée des praticiens grâce, notamment, à la mise au point et à la diffusion des contrats-types qui, en certaines matières commerciales (ventes, transports, assurances) confèrent une appréciable homogénéité internationale au droit vivant »¹³³. On adoptera ces distinctions terminologiques¹³⁴. Selon la terminologie retenue, l'unification est réalisée par les Etats

¹²⁸ Alain Le Bayon, *Dictionnaire de droit maritime*, Presses Universitaires de Rennes, collect. Didact droit, Rennes 2004, p. 70 et 71. Pour une étude plus complète du connaissance, cf. infra n° 240 et s.

¹²⁹ Jean-Michel Jacquet, *Le contrat international*, Dalloz 2^{ème} édition, Paris 1999, p. 12 et s.

¹³⁰ Pourtant être uniforme c'est avoir été uniformisé puisque si on unifie on rend unique !

¹³¹ Dictionnaire Petit Robert, Le Robert Paris, 1990.

¹³² Dictionnaire Petit Robert, Le Robert Paris, 1990.

¹³³ Marc Ancel, *Rapprochement, unification ou harmonisation des droits*, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 6-9.

¹³⁴ Ces deux termes peuvent faire l'objet d'une définition différente. Monsieur Jeammaud donne la même définition de l'unification qui est le fait de conventions internationales mises en place par les Etats et qui substituent à des règles nationales différentes un ensemble unique de règles désormais communes. Par contre l'uniformisation, selon lui, est un processus qui consiste à intégrer dans les droits nationaux des règles identiques, préalablement définies par des conventions internationales, « règles identiques et non uniques puisqu'elles sont incorporées à chacun des droits, ces dispositions sont uniformes comme le sont les soldats portant le même uniforme mais dont chacun conserve une identité ». Antoine Jeammaud, *Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ?*, in *Vers un code européen de la consommation*, Bruylant

directement ou indirectement (participation des Etats au sein de grandes organisations de création normative) de façon formelle. L'uniformisation est, quant à elle, réalisée sous des formes diverses, en général par les opérateurs, et est mise en lumière par les juristes.

S'agissant des termes « uniformité » ou « uniforme », ils seront employés sans se référer à l'une ou l'autre de ces notions mais plutôt de façon neutre dans le sens de rendre homogène, cohérent. Ces deux termes, d'un point de vue strictement sémantique, renvoient à l'uniformisation. Pourtant, on les emploiera aussi pour désigner le résultat de l'unification. Ce qui est important, c'est de mettre en lumière la différence de méthode entre l'unification et l'uniformisation. La première serait une méthode rigide mise en œuvre par les Etats de façon contraignante ; la seconde serait mise en œuvre par des instruments plus souples par les opérateurs eux-mêmes (de façon plus ou moins volontaire et consciente car, dans leur cas, ce mouvement d'uniformisation est en général réalisé d'abord dans les contrats et peut ensuite s'étendre par répétition). On considérera que ces deux méthodes visent à atteindre le même résultat : une prévisibilité et une harmonie du droit. Pour désigner ce résultat, on parlera donc d'un besoin d'uniformité et d'un droit uniforme. En outre, il ne serait pas correct de parler d'un droit unique pour désigner le résultat de l'unification car si les conventions internationales visent l'unification, elles ne permettent généralement pas de l'assurer (subsistent des législations nationales, que ce soit celles d'Etats qui ne sont pas contractants ou le droit interne d'Etats contractants si le droit conventionnel laisse subsister le droit interne).

44. S'il est un domaine où beaucoup d'efforts ont été menés par les Etats pour atteindre l'uniformité au niveau international, c'est bien le transport international de marchandises par mer. Il constitue le moyen de transport le moins onéreux¹³⁵. C'est pour cela qu'il représente près de 90 % des échanges mondiaux de marchandises¹³⁶. Ce mode de transport a une importance capitale dans l'économie mondiale. L'élaboration d'une réglementation du transport international de marchandises par mer va être génératrice d'enjeux colossaux et, de ce fait, difficile à établir. En effet, les règles juridiques permettent d'assurer un équilibre entre les intérêts en présence, ici principalement le transporteur et le chargeur, mais peuvent aussi

Bruxelles, 1998, p. 35 et s.

¹³⁵ C'est le mode de transport qui utilise le moins de pétrole, comparativement à la distance et au tonnage transporté.

¹³⁶ Journées mondiales de la mer 2005, *Les transports maritimes internationaux : vecteur du commerce mondial*, message du Secrétaire général de l'Organisation maritime internationale, M. Efthimios Mitropoulos, www.imo.org. Ce mode de transport connaît un très fort développement puisque le volume transporté augmenterait de 15% par an (ceci est dû, entre autres, à l'augmentation de la capacité des navires porte-containers qui d'une capacité de 8500 containers passeraient bientôt à 12 000). Les transports maritimes ont, en 2003, atteint 24 589 milliards de tonnes/milles.

par le jeu des dispositions favoriser telle ou telle partie.

45. Le commerce international, et donc le commerce maritime, a besoin de dispositions permettant de réguler juridiquement ces opérations. Le droit du transport international de marchandises par mer a pour objet de fournir les règles applicables aux relations qui se nouent et aux opérations qui se constituent entre les opérateurs économiques utilisant ou se livrant au transport de marchandises par mer lorsque ces mouvements de marchandises vont impliquer plusieurs Etats. Le support de cette réglementation, ses modalités d'élaboration et son contenu soulèvent des difficultés.

Paragraphe 2 – la question de l'uniformité du droit applicable au transport international de marchandises par mer

46. La dimension internationale évidente, combinée avec la spécificité de ce mode de transport et l'impératif de répartir le risque de mer, ont contraint les Etats à adopter une réglementation impérative, celle-ci se voulant unifiée¹³⁷.

C'est en ce domaine que sont apparues les premières Conventions internationales s'efforçant d'unifier la matière¹³⁸. Le besoin d'uniformité sera donc posé comme un postulat, qui ne sera pas remis en cause au départ, car la majorité des auteurs écrivant en droit maritime admettent une telle proposition¹³⁹. En outre, c'est pour atteindre cette uniformité que les Etats ont adopté les Conventions en matière de transport international de marchandises par mer. Ce corpus conventionnel (Conventions internationales impératives contenant du droit matériel) est souvent cité comme étant un exemple de Conventions d'unification du droit substantiel ayant permis d'unifier une matière. C'est pourquoi, au-delà d'une étude détaillée de cette législation, inutile car déjà parfaitement réalisée¹⁴⁰, il est utile, au contraire, de se pencher sur

¹³⁷ Ainsi la Convention de Bruxelles de 1924 est la Convention « pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance ».

¹³⁸ René Rodière, *Droit des transports*, T. 1, 2 et 3, Dalloz, 1^{ère} éd. 1977.

¹³⁹ Le Professeur Vialard s'exprimant sur l'unification du droit maritime international, estimait que « cette unification, on le sait, paraît à tous comme un idéal souhaitable pour procurer au monde maritime la sécurité juridique dont il a besoin, en quelque lieu que se déroulent les activités humaines en mer ». Antoine Vialard, *Sisyphes et l'uniformisation internationale du droit maritime*, n° spécial du DMF 50 ans de droit positif 1949-1999, 1999, p. 213. Dans le même sens : Pierre Bonassies, *L'unification du droit maritime et le droit français*, *Il diritto marittimo*, 1999, p. 86. René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, 12^{ème} édition, Précis Dalloz, 1997, spé. n° 5 et 21.

¹⁴⁰ Pour une étude complète de cette réglementation, cf. entre autres : Fayzi Chakab G. N., *La responsabilité du transporteur maritime de marchandises (selon les règles de La Haye de 1924 et de Hambourg de 1978)*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Nice-Sophia Antipolis, Institut de droit de la paix et du développement, 1999, 412 p. Athanassios Kontos, *La loi applicable aux contrats de transport international de marchandises par mer*, mémoire pour le DEA droit international privé et du commerce international, Université de Paris II, 1998,

le problème de l'uniformité du droit international et sur la pertinence du choix de la méthode conventionnelle pour y parvenir. Cela se fera en prenant l'exemple de cette réglementation (l'état actuel, la nécessité voire la faisabilité d'une uniformité en ce domaine). Ces développements traiteront du problème de l'uniformité du droit en se demandant si l'unification conventionnelle voulue par les Etats en ce domaine est réalisée ou si celle-ci ne coexiste pas avec une uniformisation plus souple laissant la place aux opérateurs¹⁴¹ ?

47. Les Etats considèrent que le transport international de marchandises par mer constitue un domaine stratégique ayant besoin d'une réglementation uniforme. Ils sont ainsi conscients de la nécessité de garantir à ses opérateurs une prévisibilité du droit applicable à leurs rapports, afin de permettre un bon développement du commerce international. Reste à déterminer le moyen de l'assurer. La majorité des Etats semble avoir tranché en faveur d'une réglementation impérative s'imposant aux opérateurs : c'est la solution des Conventions internationales contenant du droit uniforme. L'efficacité de cette solution pourra, de ce fait, être appréciée.

En effet, la législation applicable aux transports internationaux de marchandises par mer est, pour les tenants de la méthode d'unification du droit par la voie conventionnelle et pour les internationalistes en général, l'exemple même de la réussite de cette méthode¹⁴². Une recherche sur celle-ci permettra ainsi de comprendre en quoi la méthode conventionnelle consiste, de vérifier si elle assure l'uniformité souhaitée, d'apprécier si les méthodes mises en

76 p. Slaheddine Mellouli, *La responsabilité du transporteur de marchandises*, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1982, 404 p. Ibrahima Khallil Diallo, *Les conflits de lois en matière de transport international de marchandises par mer*, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Université de Paris II, 1987, 415 p.

¹⁴¹ On reprend ainsi la classification des sources du droit adoptée par Philippe Jestaz entre d'une part les sources venues d'un sommet (la loi, le jugement et la révélation) dans cette étude il s'agira des Conventions internationales et lois internes ; et d'autre part les sources venues de la base avec l'acte juridique et la coutume. Philippe Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz Paris, 2005, p. 7. Dans le même ordre d'idée, Maître Patrick Simon distingue « le droit spontané qui se découvre et le droit décrété qui est imposé », Patrick Simon, *La main invisible et le droit*, Belles Lettres Paris, 1992, 291 p. Toujours dans cette logique, Monsieur Labbé distingue la « norme subie » qui est extérieure à la volonté de l'individu (qui émane des autorités investies du pouvoir normatif comme les lois ou les règlements) et la norme « voulue » lorsque l'individu va être tenu de respecter la norme qu'il s'est lui-même volontairement imposée (le contrat). Xavier Labbé, *Introduction générale au droit, pour une approche éthique*, Presses Universitaires du Septentrion, Paris 1998, p. 27 et 89.

¹⁴² Ainsi pour Messieurs Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières, « il est curieux de constater que, bien que l'unification des règles de fond soit une tâche apparemment plus difficile que l'unification des règles de conflit, elle semble avoir été réalisée plus facilement », ils citent à cet égard la Convention de Bruxelles du 24 août 1924 sur les connaissements, *Droit international privé*, Précis Dalloz, Dalloz Paris, 8^{ème} éd. 2004, n° 37, p. 29. Messieurs Battifol et Lagarde considèrent aussi qu'on a atteint « des résultats positifs dans le domaine des règles matérielles » et que « le droit maritime a offert un terrain particulièrement favorable à ces négociations », *Traité de droit international privé*, Tome 1, LGDJ Paris, 8^{ème} éd. 1993, n° 32, p. 45. Monsieur Courbe cite, de même, la Convention de Bruxelles de 1924 comme étant une convention qui a unifié les règles de fond, *Droit international privé*, Compact droit, Armand Collin, Dalloz Paris, 2000, p. 11.

œuvre pour élaborer, adopter et appliquer cette réglementation sont efficaces ou s'il est nécessaire d'en envisager d'autres (**partie I**).

48. Au fil de l'histoire, on serait passé d'une uniformité spontanée du droit du transport maritime, d'un « droit (maritime était) façonné par le besoin des utilisateurs de la mer »¹⁴³ à des tentatives d'unification de cette législation menées par les Etats et débouchant sur une situation de conflit de Conventions. Ce que dit Monsieur Halpérin à propos du droit international privé qui « ne se résume pas à une dialectique désincarnée, dépourvue de tout lien avec les évolutions économiques et sociales »¹⁴⁴ est aussi vrai pour la matière étudiée. Quelle est ainsi la réaction des opérateurs du transport maritime face à cette incertitude du droit applicable à leurs relations contractuelles ?

49. Il apparaît qu'à côté des différentes solutions initiées par les Etats, les opérateurs du transport international de marchandises par mer ont, à propos de la réglementation applicable à leurs relations contractuelles, une fonction plus active que celle qui semble leur être concédée par les Etats. L'office laissé aux opérateurs en matière d'élaboration du corpus juridique régissant leurs rapports semble être résiduel, les Etats adoptant et imposant la réglementation par le biais des Conventions internationales. Pourtant, le rôle des commerçants ne se limite pas à la participation aux travaux préparatoires de ces Conventions, ou à un éventuel rôle de lobbying auprès des gouvernements fondé sur des aspects économiques et politiques. En effet, le droit du transport maritime est lié à la pratique du commerce maritime international. Il en découle qu'il est un droit dynamique et particulier. Celui-ci est influencé par des sources écrites et non écrites qui sont associées à l'évolution de la communauté économique intéressée et qui se développent en même temps. Par conséquent, une simple étude de la codification internationale ne peut rendre compte de ces caractères.

Les opérateurs du transport international de marchandises par mer ont à leur disposition différents outils contractuels pour assurer une certaine prévisibilité du droit applicable à leurs litiges. La répétition, voire la systématisation de tels outils ne pourrait-elle pas constituer l'élaboration d'un corpus juridique par la pratique et ainsi réaliser une uniformisation partielle ? En outre, n'est-il pas possible de remettre en cause le postulat selon lequel le droit du transport international de marchandises par mer requiert une uniformité large des solutions et d'envisager une uniformité plus limitée de la matière que ce soit au plan matériel ou géographique (**partie II**) ?

¹⁴³ Emmanuel du Pontavice, *Etat actuel et avenir du droit maritime*, ADMA 1993, tome XII, p. 38 et s.

¹⁴⁴ Jean-Louis Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF Paris, 1999, p. 198.

**Partie I – La recherche d’une unification conventionnelle du droit du transport
maritime de marchandises par les Etats**

**Partie II – La construction d’une unification pragmatique du droit du transport
maritime de marchandises par les opérateurs**

Partie I – La recherche d’une unification conventionnelle du droit du transport maritime de marchandises par les Etats

50. C’est à partir du vingtième siècle que les différents utilisateurs et auteurs du transport maritime ont ressenti, avec une acuité particulière, le besoin d’assurer la prévisibilité juridique des activités humaines en mer.

Le transport international de marchandises est un domaine très sensible pour deux raisons essentielles. Tout d’abord parce qu’il met en rapport deux catégories de professionnels : des chargeurs et des armateurs. On est alors exposé au risque d’entente entre les membres d’une des professions (en particulier des armateurs qui sont souvent face à une multitude de chargeurs et sont à même d’imposer leur volonté contractuelle) afin de s’assurer une position dominante. Ensuite, parce que le transport international de marchandises par mer a une importance capitale dans les flux internationaux de marchandises. Il a une grande implication dans l’économie mondiale (on considère de façon classique que les pays développés seraient majoritairement des pays transporteurs, tandis que ceux en développement seraient majoritairement des pays chargeurs¹⁴⁵).

C’est pour ces différentes raisons que les Etats n’ont pas souhaité laisser ce domaine du droit à l’autonomie de la volonté¹⁴⁶. Ils ont fait le choix d’encadrer ces contrats internationaux par une législation impérativement applicable.

51. L’accomplissement de l’uniformité internationale du transport maritime a principalement été recherché par le biais de l’élaboration et de l’adoption de conventions internationales, celles-ci étant destinées à servir de « boussole juridique du commerce international »¹⁴⁷. Cette unification souhaitée par les Etats, et ce par le biais conventionnel, a-t-elle pu être réalisée en matière de droit du transport international de marchandises par mer (titre I) ?

¹⁴⁵ Koffi Christophe Nubukpo, *Le nouvel ordre maritime international en question*, JMM du 06/10/1995, p. 2478 et s. Cette vision des transports maritimes est dépassée, il sera exposé pourquoi postérieurement.

¹⁴⁶ Principe philosophique trouvant son origine chez les canonistes et les philosophes du dix-huitième siècle (Rousseau) selon lequel la volonté humaine constituerait sa propre loi.

¹⁴⁷ Antoine Vialard, *Sisyphé et l’uniformisation internationale du droit maritime*, DMF n° 591, n° spécial : « 1949-1999, 50 ans de droit positif » p. 213.

L'unification souhaitée par les Etats se réalise ensuite au sein des ordres juridiques nationaux (dans l'Etat), au stade de l'application. En matière de droit du transport international de marchandises par mer, il existe plusieurs instruments conventionnels, ceux-ci sont susceptibles d'entrer en conflit tant entre eux qu'avec le droit national. Ces conflits d'application causant une « désunification » du droit du transport international de marchandises par mer. Il sera alors nécessaire de trouver des solutions aux éventuels conflits de lois non résolus par la présence d'un corpus conventionnel, voire causés par celui-ci, dans les règles classiques du droit international privé (titre II).

Titre I – L'unification par l'Etat et dans la convention

Titre II – La désunification dans l'Etat et par les conventions internationales

Titre I – L'unification par l'Etat et dans la convention

52. Les ressortissants des différents pays nouent des relations entre eux, ils commercent, contractent et ont de ce fait besoin de règles spéciales capables de résoudre leurs relations. Le problème est que le monde est divisé en Etats souverains et indépendants ayant chacun leur propre système juridique interne. Dans l'hypothèse d'un rapport juridique entre des ressortissants de deux ou plusieurs Etats va se poser un problème évident de choix : à la loi et aux juridictions de quel pays doit-on soumettre un éventuel litige ?

53. La question du conflit de lois peut être résolue par le droit international privé au moyen d'une méthode qualifiée d' « indirecte » qui consiste à énoncer des règles de conflit de lois en fonction de la question posée. Ces règles permettront de désigner la loi applicable, mais renverront pour la solution du litige à la loi désignée. La doctrine a pendant longtemps considéré le passage par la règle de conflit comme un passage obligatoire pour le juge saisi d'un rapport visant un conflit de lois. L'importance des règles de conflit, comme règles de l'Etat du for qui s'imposent au juge, découle aussi de la réaction particulariste en droit international privé, aux théories universalistes¹⁴⁸. L'affirmation de la pleine souveraineté des Etats à se donner leurs propres règles dans leur ressort territorial a abouti à donner une grande importance aux règles posées par l'Etat lui-même, afin de résoudre les conflits de loi.

54. Il existe une seconde méthode dite « directe » qui consiste à élaborer des conventions internationales qui appréhendent directement le fond des litiges internationaux et rendent inutile la recherche de la loi applicable¹⁴⁹. Cette méthode¹⁵⁰ a pu se détacher des règles de conflit et ainsi constituer une source fondamentale du droit.

L'adoption de conventions d'unification du droit substantiel par la voie de la négociation présente l'intérêt méthodologique de respecter la particularité que le droit international partage avec le droit naturel, « de ne pas être un droit de contrainte, fondé sur un ordre

¹⁴⁸ Les auteurs universalistes, comme Savigny, pensent « que le règlement des conflits doit être uniforme dans tous les pays, ce qu'assurera sa conformité à un modèle commun ». Pour les auteurs particularistes comme Bartin « les règles de conflit sont des règles nationales, dans chaque pays, au même titre que les institutions de droit interne dont elles circonscrivent le domaine. Elles leur restent liées comme l'ombre au corps, parce qu'elles ne sont autre chose que la projection de ces institutions elles-mêmes sur le plan du droit international ». Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, 8^{ème} édition, Domat droit privé, Montchrestien, 2004, n° 69-72.

¹⁴⁹ Daniel Gutmann, *Droit international privé*, Dalloz Paris 1999, p. 1 et s.

¹⁵⁰ Cf. entre autres à Antonio Malintoppi, *Droit uniforme et droit international privé*, RCADI, 1965, p. 59.

objectif, mais de présenter sur la scène internationale les prétentions subjectives de ses sujets que la doctrine qualifie de sujets primaires, à savoir les Etats »¹⁵¹.

55. Les Etats ont opté dès le début du siècle pour la méthode conventionnelle en matière de droit du transport international de marchandises par mer. Il s'agit d'une unification réalisée par les Etats et ce, par le biais de Conventions internationales. Se pose alors la question de savoir si ce choix était ou non adapté à cette matière spécifique. Une étude du processus d'élaboration et d'adoption des Conventions applicables au transport international de marchandises par mer permettra d'y répondre (chapitre I).

Le recensement des différentes normes s'appliquant en matière de droit du transport international de marchandises permettra d'étudier comment elles s'articulent entre elles et d'identifier les différents cas de conflits qui peuvent intervenir au moment de leur application. Cela fera apparaître les défauts présentés par l'outil conventionnel (chapitre II).

¹⁵¹ Agnès Lejbowicz, *Philosophie du droit international ; l'impossible capture de l'humanité*, PUF Paris 1999, p. 22 et s.

Chapitre I – De la multiplicité des Etats à l'unité par la convention : une élaboration et une adoption difficile

56. L'unification internationale du droit du transport maritime a été réalisée en utilisant des conventions « unifiantes »¹⁵², c'est-à-dire en cherchant à élaborer des règles matérielles ou substantielles qui vont donner directement la solution. Il s'agit de l'élaboration et de l'adoption par une multiplicité d'Etats d'une réglementation unique formalisée dans une convention internationale.

L'étude de cette méthode appelée « directe »¹⁵³, l'appréciation de ces conventions d'unification du droit substantiel ou l'opportunité du choix de ceux-ci dans le domaine du transport maritime de marchandises fera l'objet de la première section (section I).

Une étude plus spécifique du droit du transport maritime permettra d'identifier les problèmes soulevés par les Conventions maritimes applicables en matière de transport maritime surtout en ce qui concerne leurs élaboration et adoption (section II).

¹⁵² Cette expression se retrouve sous la plume du Professeur Malaurie in *Loi uniforme et conflits de lois*, Travaux du Comité français de droit international privé, 1967, p. 86. Les Conventions applicables au transport international de marchandises par mer (Convention de Bruxelles de 1924 dans ses différentes versions et les Règles de Hambourg) seront désignées sous ce qualificatif ou alors « Conventions d'unification du droit substantiel », le qualificatif « droit uniforme » sera aussi utilisé car ces Conventions visent à « l'unification de certaines règles », elles produisent ainsi du droit uniforme.

¹⁵³ Françoise Monégier, *Droit international privé*, Litec, 2001, p. 19 et s.

Section I – L’analyse de la méthode conventionnelle

57. Il s’avère nécessaire, afin de bien appréhender cette méthode, de l’étudier puis d’essayer de dégager les avantages mais aussi et surtout les inconvénients inhérents au choix de cette méthode (paragraphe 1).

Dans un second temps, cette étude s’attachera à étudier la légitimité d’un tel choix pour le domaine spécifique que constitue le transport maritime de marchandises (paragraphe 2).

Paragraphe 1 - La mise en œuvre de la méthode et le contenu des conventions d’unification du droit substantiel

58. L’adoption de conventions contenant des règles matérielles se fait dans le but de réaliser une unification, une harmonisation des droits et vise ainsi à assurer une plus grande « certitude du droit » en éliminant les conflits de lois pour une matière déterminée. Sa raison d’être est de supprimer, par le biais de normes juridiques, tout conflit de normes qui pourrait se déclarer dans une transaction internationale.

La mise en œuvre de ces Conventions d’unification doit être examinée (A) avant d’envisager le contenu de celles-ci (B).

A - La mise en oeuvre de la méthode conventionnelle

59. Se pose la question de la détermination de la personne compétente pour créer, adopter et appliquer de telles conventions (1), puis celle de la forme sous laquelle une convention peut ou doit se présenter (2).

1) La répartition des compétences pour l’élaboration, l’adoption et l’application des Conventions internationales

60. De façon chronologique, il y a d’abord la phase d’élaboration des conventions internationales. A ce stade interviennent ceux que Monsieur Matteucci appelle les « législateurs internationaux », ceux qui « élaborent des textes de lois uniformes »¹⁵⁴. Cette

¹⁵⁴ Mario Matteucci, *Introduction à l’étude systématique du droit uniforme*, RCADI 1957, p. 415.

expression ne doit pas laisser penser que cette création d'un texte de droit uniforme ne peut être le fait d'un Etat ou d'un organisme national. Celui-ci peut rédiger un projet de Convention internationale ou adopter une législation particulièrement performante qui servira de modèle au droit uniforme. Malgré tout, force est de constater que l'unification du droit international est difficile à réaliser puisqu'il faut que les législations nationales concernant les rapports internationaux s'alignent les unes sur les autres, or les Etats sont de traditions juridiques différentes et ont souvent des intérêts divergents.

Afin de dépasser ces obstacles, ce sont souvent des organismes internationaux spécialisés qui rédigent de tels projets d'unification des législations, ces organismes ayant souvent été créés par les Etats et sont composés de ceux-ci. Ainsi le Comité Maritime International (CMI) et la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) ont entrepris des travaux de codification du droit maritime sur le plan international¹⁵⁵, ces organismes étant très compétents et adaptés à la haute technicité de normes internationales de droit uniforme.

61. La conclusion de ces conventions « unifiant » certains aspects du droit ne peut être que l'expression d'une volonté commune de deux ou plusieurs sujets de droit international ayant une capacité suffisante, ceux-ci étant l'expression de la volonté commune des parties contractantes, cette expression de volonté « visant à établir une règle de droit dans un ordre juridique »¹⁵⁶. Les Etats sont par conséquent les seuls compétents pour adopter des conventions internationales. En revanche, à l'intérieur d'un même Etat, s'opère une répartition des compétences concernant l'élaboration, la ratification et l'application des conventions internationales selon la distribution des pouvoirs.

62. La France est, depuis la Révolution, soumise à une division interne tripartite des pouvoirs entre le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire¹⁵⁷, chacun intervenant en ce qui concerne les conventions internationales. Comme le souligne Monsieur Majoros¹⁵⁸ le « pouvoir exécutif est le véritable maître de la confection des traités », en ce sens que c'est généralement une organisation internationale qui initie un projet de convention internationale et constitue à cet effet un groupe de travail ou une commission. Il relève donc de la compétence du gouvernement de décider s'il participera aux travaux préparatoires ; c'est lui qui devra aussi, le cas échéant, constituer une délégation qui participera aux négociations ; enfin il devra décider de ratifier ou non le traité.

¹⁵⁵ Pour l'étude du CMI cf. infra n° 109 et pour celle de la CNUCED cf. infra n° 115.

¹⁵⁶ Julio A. Barberis, *Le concept de « traité international » et ses limites*, AFDI 1984, p. 251 et s.

¹⁵⁷ Cette séparation des pouvoirs a été imaginée par Montesquieu qui s'est inspiré de l'histoire romaine et des institutions anglaises, et qui estimait que pour garantir la liberté il fallait une séparation des différentes fonctions politiques. Charles de Montesquieu, *L'esprit des lois*, XI, 6.

¹⁵⁸ Ferenc Majoros, *Les conventions internationales en matière de droit privé*, TI, Pédone Paris 1980, p. 123 et s.

Ensuite intervient le pouvoir législatif qui, selon l'auteur précité, « joue un rôle relativement modeste » puisqu'il a en charge la ratification parlementaire.

Enfin c'est le pouvoir judiciaire qui est chargé de l'application des traités internationaux. Il partage ce pouvoir avec certaines autorités administratives ou même sociétés de droit privé bénéficiant d'une délégation de l'Etat¹⁵⁹. A ce titre il faut souligner le rôle crucial joué par la justice qui entraîne selon Monsieur Majoros « un déplacement du centre de gravité vers le pouvoir judiciaire »¹⁶⁰.

Après avoir vu les différents pouvoirs ayant une compétence concernant l'adoption de ces conventions « unifiantes », il est nécessaire de s'intéresser à leur champ d'application.

2) Le champ d'application des traités internationaux contenant du droit matériel

63. Du champ d'application de la règle conventionnelle va dépendre son application au cas d'espèce. Une convention « unifiante » a un champ d'application spatial, temporel et matériel.

64. Le domaine spatial de ces conventions « unifiantes » dépend du choix de la méthode d'unification : soit on choisit de substituer le droit uniforme aux dispositions internes correspondantes, et dans ce cas l'application de ce droit uniforme (qui est devenu le droit interne de l'Etat en question) sera subordonnée à la mise en œuvre de ce droit interne par la règle de conflit de lois pertinente ; soit on cantonne le domaine d'application du droit uniforme aux catégories de situations se rattachant aux Etats contractants selon un critère défini dans la convention « unifiante ».

Les rédacteurs des différentes Conventions sur le transport international de marchandises par mer ont opté pour cette seconde méthode.

L'intérêt de ces méthodes réside dans le fait qu'elles éliminent le recours à la méthode conflictualiste puisque comme le souligne le Professeur Rigaux : « les territoires respectifs des Etats ayant adhéré à la convention « unifiante » forment un espace commun à l'égard de toutes les situations qui s'y rattachent selon le critère approprié »¹⁶¹.

65. S'agissant ensuite du champ d'application matériel de la convention, rappelons que pour les situations exclues du domaine d'application d'une convention, le choix de la loi

¹⁵⁹ On peut citer à ce titre le Bureau Véritas qui bénéficie d'une délégation de l'Etat français lui permettant de contrôler l'application de Conventions internationales portant sur la sécurité maritime.

¹⁶⁰ Ferenc Majoros, *Les conventions internationales en matière de droit privé*, op. cit.

¹⁶¹ François Rigaux, *La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie*, RCDIP 1885, T. 74, p. 16 et s.

applicable relèvera du système de droit international privé propre à chaque Etat. La convention peut d'abord restreindre son champ d'application à certaines personnes en tenant compte de la résidence, de l'établissement ou du siège des parties aux contrats qu'elle concerne. Ainsi un juge peut avoir à appliquer une convention internationale même si les conditions qu'elle pose relativement aux personnes ne sont pas remplies : c'est le cas si les règles de droit international privé de l'Etat en question désignent la loi d'un autre Etat partie à la convention¹⁶². D'autre part, un juge d'un Etat non partie à la convention peut avoir à appliquer celle-ci en tant que règle faisant partie d'un droit national étranger désigné par sa règle de conflit.

66. Le champ d'application d'une convention restreint celle-ci à certains objets ou à certaines matières. En effet, une convention qui aurait pour vocation de régir tous les rapports juridiques internationaux rencontrerait des difficultés d'élaboration, d'adoption et d'application. Les Conventions restreignent donc leur champ d'application à un ou plusieurs types de rapport ou de contrat. Il n'est d'ailleurs pas souhaitable de concevoir des règles trop « généralistes », par exemple de régir par une même convention tous les rapports contractuels. En premier lieu, pour des raisons pratiques et ensuite pour des raisons de sécurité juridique, dans la mesure où la plupart des droits nationaux soumettent les différents types de contrat à des régimes juridiques spécifiques, cela conduirait à soumettre un même contrat à des régimes juridiques différents selon la compétence de la convention ou du droit interne¹⁶³. On trouve pourtant quelques conventions ayant un champ d'application matériel très large comme la Convention de Vienne¹⁶⁴ qui a unifié certaines règles concernant la formation du contrat.

67. A propos, enfin, du champ d'application temporel des conventions, en principe et à défaut de disposition expresse contraire, une convention internationale ne s'applique que lorsque les conditions qu'elle a pu prévoir pour son entrée en vigueur sont remplies¹⁶⁵. La détermination des situations qui seront soumises à la convention peut être délicate lorsque celle-ci a pour objet de régir les rapports des personnes privées : à quels contrats de droit privé le nouveau droit doit-il être appliqué ? Le droit uniforme, établi par le biais de conventions internationales, a pour vocation de fixer un régime juridique commun aux Etats membres,

¹⁶² Blaise Knapp, *Unification internationale des règles et désignation du droit applicable*, in Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn : *l'internationalisation du droit*, Dalloz paris, 1994, p. 220 et s.

¹⁶³ Blaise Knapp, *Unification internationale des règles et désignation du droit applicable*, ibid. p. 221 et s.

¹⁶⁴ Convention des Nations unies de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1987).

¹⁶⁵ Par exemple la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer conditionnait son entrée en vigueur par le dépôt de vingt instruments de ratification, d'approbation ou d'adhésion. Article 30 de la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer (Hambourg 1978).

celui-ci a ainsi dans l'espace et par rapport aux personnes un domaine d'application beaucoup plus vaste que les droits nationaux.

Le champ d'application d'une convention peut ainsi être plus ou moins restreint, il en est de même s'agissant de son contenu.

B - Le contenu des conventions d'unification du droit substantiel

68. L'étude du contenu des conventions « unifiantes » se fera en appréhendant ce qu'elles peuvent contenir (1) avant de voir quelles sont les contingences internationales auxquelles ces conventions sont soumises (2).

1) Les différents contenus possibles des conventions d'unification du droit substantiel

69. La conclusion de conventions internationales créant un droit international privé uniforme implique l'accord de différents Etats sur une ou des questions de droit international. Cette tâche n'apparaît possible qu'entre des Etats ayant une tradition juridique commune ou au moins des attaches géographiques, sociales ou politiques¹⁶⁶. Il faut donc pour les législateurs internationaux surmonter les divergences radicales qui peuvent exister entre les systèmes juridiques en cause, que celles-ci concernent justement la question spéciale qui fait l'objet de l'unification ou concernent des principes généraux dans lesquels s'encadre la question spéciale. Il est évident que les représentants de chaque Etat vont essayer d'obtenir un droit uniforme en sacrifiant au minimum leurs systèmes juridiques¹⁶⁷. Le risque étant que ce droit établi par le biais d'un compromis (en tenant compte des différents systèmes nationaux) ne soit pas un droit à un niveau optimum de qualité et d'efficacité.

Ce risque pose le problème de la méthode d'élaboration et du contenu de ce droit uniforme : doit-il être un compromis entre différents systèmes juridiques ou une législation nouvelle adaptée à son cadre ? Cette seconde option qualifiée d'évolutive et dynamique est bien sûr la plus séduisante : on préférera une réglementation adaptée aux exigences sociales et économiques à un assemblage de dispositions plus ou moins compatibles. Malgré tout, en pratique, cette méthode semble difficile à mettre en œuvre ; la création de ce droit uniforme de qualité paraît conditionnée à l'existence d'un organisme international extrêmement qualifié pour l'élaborer et à une réelle volonté des Etats de réaliser une unification.

¹⁶⁶ Petros Vallindas, *Droit international privé*, T. I, Athènes 1937, p. 172 et s.

¹⁶⁷ Mario Matteucci, *Introduction à l'étude systématique du droit uniforme*, op. cit. , p. 414 et s.

Concrètement, s'agissant de l'élaboration du contenu de ce droit uniforme, Monsieur Matteucci affirme que celui-ci exige entre autres :

- « a) une méthode d'étude plus approfondie dans la préparation des projets de lois uniformes ;
- b) un examen attentif de la jurisprudence et de la doctrine ;
- c) une participation plus active des représentants de la science du droit soit aux études de droit comparé en vue d'unifications futures, soit directement à l'élaboration de règles uniformes. »¹⁶⁸.

En ce qui concerne sa nature, la règle uniforme a un caractère de règle spéciale : en effet, une fois adoptée par un Etat, celle-ci, à son égard, est la réglementation la plus appropriée à certaines catégories de rapports, personnes et faits définis par les règles d'application de ce droit uniforme. Ce qui veut dire que ce droit uniforme doit être considéré comme plus approprié « à la fois à l'égard des règles de droit international privé et des règles matérielles qui existent dans la législation nationale qui adopte le droit uniforme »¹⁶⁹.

Pour compléter ces développements sur le contenu des conventions « unifiantes », soulignons que celles-ci sont limitées matériellement au niveau du contenu de la norme.

2) Les contraintes du droit international

70. Le droit international contient du « jus cogens¹⁷⁰ » qui n'est pas susceptible de dérogation par la volonté des Etats contractants. S'agissant du contenu matériel, l'ordre juridique international interdit aux Etats de conclure des accords ayant certains contenus¹⁷¹. La détermination de ce « jus cogens » relève du droit international positif, celui-ci est donc susceptible d'évoluer : c'est le cas pour les conventions sur le trafic d'esclaves qui existaient précédemment mais qui aujourd'hui seraient certainement contraires au « jus cogens ».

¹⁶⁸ Mario Matteucci, *Introduction à l'étude systématique du droit uniforme*, op. cit. , p. 418 et 419.

¹⁶⁹ Antonio Malintoppi, *Les rapports entre droit uniforme et droit international privé*, RCADI, T 116, 1965, p. 43.

¹⁷⁰ Le « jus cogens » c'est une « norme impérative du droit international général, reconnue par la communauté internationale dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère » (article 53 et 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23/05/1969). Il convient de l'opposer au « jus dispositivum » qui recouvre les normes que les contractants peuvent supprimer ou amender.

¹⁷¹ Par exemple les Etats ne peuvent conclure une Convention internationale autorisant les actes de génocides, l'Assemblée Générale des Nations unies et sa résolution 96 adoptée le 22 décembre 1946 ainsi que la Cour Internationale de Justice ont affirmé la prohibition des traités encourageant les actes de génocide. La sanction d'une telle prescription serait qu'un tel accord ne pourrait constituer un traité puisque la règle qui interdit de conclure des accords encourageant le génocide restreint le concept de traité. Si cette prescription n'est pas un traité, elle n'a donc aucun effet juridique.

Il existe d'autres normes internationales que celles du « jus cogens » auxquelles une convention contenant du droit matériel ne peut pas déroger. Le Professeur Barberis prend pour exemple la formule « *pacta sunt servanda* » qui est une norme coutumière internationale selon laquelle ce qui a été conclu dans un traité est juridiquement obligatoire pour les parties. Permettre une dérogation à cette norme serait faire disparaître le droit conventionnel qui n'aurait plus de force obligatoire, mais ce serait aussi marquer cette norme coutumière d'un vice qui la détruirait. Elle dispose justement qu'on doit respecter ce qui a été conclu dans les traités, il est donc inconcevable de permettre à un traité de prévoir que les parties peuvent se dispenser de cette règle et par là même permettre de façon indirecte des dérogations à ce traité.

71. Il existe enfin des normes qui ne sont pas susceptibles d'être incluses dans une convention internationale. En effet, souvent la prescription que contient ces normes n'aurait aucune valeur ni aucun sens si elle était incluse dans un traité international. L'exemple donné par le Professeur Barberis est assez révélateur : la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁷² prévoit dans son article 6 que « tout Etat a la capacité de conclure des traités », selon le principe classique qu'une convention ne crée des obligations que pour les Etats qui y ont adhéré ou l'ont ratifiée¹⁷³. Il en résulte que cet article 6 ne s'applique qu'à l'égard des Etats ayant valablement ratifié la Convention de Vienne, donc un Etat ayant la capacité de conclure une convention. Cet article 6 devrait bénéficier à des Etats qui n'ont justement pas la possibilité d'adhérer à une convention internationale mais dans ce cas ils ne peuvent pas non plus adhérer à la Convention de Vienne. C'est pourquoi le Professeur Barberis conclut que cette disposition aurait un sens si au lieu d'être intégrée dans une Convention elle constituait une norme coutumière. On peut reprendre sa définition du traité international : « expression de volonté commune à deux ou plusieurs sujets du droit des gens ayant la capacité suffisante, visant à créer une règle de droit dans un ordre juridique et directement régie par le droit international »¹⁷⁴, qu'on enrichira en précisant que ces traités internationaux se proposent de réaliser une unification législative.

Le dispositif de la méthode conventionnelle vient d'être étudié, reste à se demander si cette méthode paraît la plus adéquate et la plus efficace pour réaliser une unification du droit international.

¹⁷² Convention de Vienne sur le droit des traités, conclue le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

¹⁷³ C'est la règle « *pacta tertiis non nocent* » à laquelle on trouve une exception, celle des traités « objectifs » : par exemple un traité créant un nouvel Etat.

¹⁷⁴ Julio A. Barberis, *Le concept de « traité international » et ses limites*, AFDI 1984, p. 268.

Paragraphe 2 - L'efficacité de la méthode conventionnelle

72. L'appréciation de l'efficacité (et de ce fait l'appréciation de la nécessité) de cette méthode directe du droit international qui consiste à élaborer des conventions « unifiantes » se fera au travers de l'examen des qualités de celle-ci par rapport à l'autre méthode concurrente (A) mais aussi au travers de l'étude de ses défauts (B).

A – Les qualités des conventions d'unification du droit substantiel

73. La méthode conventionnelle présente des qualités comparativement à l'autre méthode permettant d'assurer une prévisibilité du droit applicable : les règles de conflit de lois (1). La méthode conventionnelle possède aussi des qualités propres (2).

1) Les qualités de la méthode conventionnelle comparée à celle des règles de conflit de lois

74. L'adoption de droit uniforme par le biais de la conclusion de conventions internationales est, comme il l'a déjà été indiqué, opposée au processus qui lui aussi vise à identifier les règles applicables à un différend international, mais qui résout les conflits de lois par l'adoption de règles de conflit. Deux moyens visent à assurer la certitude du droit : d'une part, l'unification des règles relatives aux conflits de lois et, d'autre part, l'élaboration internationale d'un droit matériel uniforme. Il semble que ce soit ce dernier qui a eu la préférence.

75. Un premier élément permettant de comprendre ce choix peut être recherché dans la doctrine internationaliste elle-même : Malintoppi souligne à juste titre que « l'adoption de règles uniformes de fond (règles matérielles) assure l'uniformité de la réglementation juridique des faits ou des rapports qui relèvent de l'activité humaine, alors que l'adoption de règles uniformes de droit international privé aboutit seulement à l'uniformité des critères visant le choix de la loi applicable sans pour autant garantir que la réglementation juridique des faits ou rapports envisagés soit elle aussi la même dans les divers systèmes juridiques intéressés »¹⁷⁵. C'est pour cette raison que l'adoption de règles unifiées de conflit de lois ne permet pas d'assurer une unification du droit : elle permet uniquement de trouver le droit qui aura vocation à s'appliquer mais les différentes législations resteront divergentes.

¹⁷⁵ Antonio Malintoppi, *Les rapports entre droit uniforme et droit international privé*, op. cit. , p. 12.

D'autre part on retrouve fréquemment dans la doctrine internationaliste la critique de la méthode indirecte des conflits de lois (il semble que l'origine de ces critiques soit à rechercher dans la doctrine américaine moderne¹⁷⁶). Cette méthode est celle qui a été systématisée par Savigny. C'est celle de la règle de conflit « bilatérale » qui consiste, à partir d'une situation donnée, à lui appliquer une loi déterminée par des critères objectifs et prédéterminés selon la matière en cause¹⁷⁷. Savigny est le fondateur de l'école historique¹⁷⁸, il est malgré tout parti de la conception axiomatique et de la méthode du droit naturel rationaliste afin d'élaborer sa théorie des règles de conflits multilatérales. Les avantages de cette théorie par rapport à la théorie précédente (celle des statuts, fondée sur la recherche du domaine spatial d'une loi particulière), étaient que d'une part les règles de droit international privé respectaient les grands secteurs de l'ordre juridique, et d'autre part que cette universalisation du paradigme permettait une classification des rapports de droit neutre par rapport aux rapports étatiques.

76. On reproche à cette méthode de désigner à l'avance la loi applicable, sans se préoccuper ni du résultat, ni des éléments du cas d'espèce. En effet, on part d'une catégorie de fait pour rattacher à l'un de ses éléments la loi applicable, dont on ne connaît pas encore le contenu. Afin de remédier au caractère abstrait et automatique de cette méthode, un courant doctrinal moderne, dont l'origine se situe aux Etats-Unis, a proposé de rechercher la meilleure solution pour chaque cas concret, elle se recommande d'un réalisme plus poussé. Cette méthode a été qualifiée d'impressionnisme juridique par les Professeurs Loussouarn et Bourel¹⁷⁹, d'une part car elle s'oppose au classicisme de la méthode traditionnelle, et d'autre part parce qu'elle procède par petites touches, comme les peintres du célèbre mouvement pictural du même nom. Cette solution empreinte de réalisme présenterait l'avantage de permettre une plus grande uniformité du droit rendue impossible dans la méthode classique des conflits de lois du fait que les catégories de rattachement sont, dans ce système, précisées en fonction des catégories du droit interne et que les qualifications puisent aussi leurs racines dans ce droit interne¹⁸⁰, qui est par nature différent d'un pays à l'autre.

Sans s'attarder sur le très relatif succès connu par cette théorie de l'impressionnisme juridique en droit français, précisons tout de même que cette méthode présente aussi des inconvénients en matière d'unification. Le juge, à qui il est demandé un travail d'appréciation, pourra être

¹⁷⁶ Françoise Monéger, *Droit international privé*, op. cit. , p. 21.

¹⁷⁷ Le processus de qualification opère un rattachement de la situation concernée à une catégorie, le droit français distingue la catégorie « statut personnel », celle « statut réel » et celle « statut des obligations ».

¹⁷⁸ Savigny, célèbre romaniste allemand du dix-neuvième siècle est un des premiers auteurs à se détacher de l'objectif territorialiste et à considérer l'application de la loi étrangère comme un progrès du droit.

¹⁷⁹ Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, *Droit international privé*, Dalloz Paris 2001, 7ème ed. , p. 142 et s. , n° 134 et s.

¹⁸⁰ Arrêt Caraslanis : Cass. Civ. I 22/06/1955, RCDIP 1955, p. 723 note Battifol.

tenté de faire prévaloir sa loi nationale. D'autre part cette méthode présente l'inconvénient majeur d'engendrer une part d'incertitude. Elle postule, du fait même de l'activité créatrice conférée au juge, une certaine imprévisibilité des solutions.

77. La méthode classique des conflits de lois présente aussi le désavantage d'une nécessaire spécialisation des règles par rapport à la matière à régler. Cela permet de tenir compte du degré distinct de situation ou de la dispersion dans l'espace, qui induit un accroissement des règles de conflit dans les ordres juridiques. Cet autre facteur va à l'encontre de l'unification.

78. Au delà des défauts inhérents à la méthode des conflits de lois, il est sans doute possible d'expliquer le succès de la méthode conventionnelle par cette analyse de la doctrine qui postulait que l'adoption de règles matérielles (règles de fond uniformes) dans tous les systèmes juridiques des Etats assurerait non seulement une prévision du droit applicable, mais aussi de façon indirecte, supprimerait les conflits de lois.

2) Les qualités propres de la méthode conventionnelle

79. Le choix d'engager un processus d'unification des législations présente d'emblée l'avantage idéologique de postuler l'égalité souveraine des Etats sur la scène internationale. En effet, plutôt que de laisser se constituer une uniformisation naturelle des législations qui reproduiraient celle d'un ou plusieurs Etats ayant une prédominance politique, sociale ou économique, ou de laisser opérer la supériorité intrinsèque d'un corps de lois sur d'autres systèmes moins développés, ici certains Etats s'entendent pour unifier une branche de la législation.

Cette action des Etats prend son origine au cours du dix-neuvième siècle et a pour cause la révolution industrielle qui a développé les relations commerciales entre les Etats. Les Etats ont, à cette époque, pris conscience qu'il était nécessaire de sacrifier certains principes de leur droit national afin de faciliter, par la voie d'une réglementation internationale uniforme, des transactions pour lesquelles l'intérêt international était plus marqué¹⁸¹.

80. Les Conventions internationales ayant pour objet d'unifier certains aspects du droit s'identifient aisément : soit parce qu'elles sont élaborées par des représentants des milieux juridiques compétents, agissant avec une délégation formelle ou informelle des Etats, soit parce qu'elles contiennent une clause précisant que le but de la Convention est d'unifier, pour

¹⁸¹ Mario Matteucci, *Introduction à l'étude systématique du droit uniforme*, op. cit. , p. 392.

le domaine qui la concerne, les lois des Etats qui y adhéreront ou l'adopteront¹⁸². Les Conventions internationales qui font l'objet de cette étude constituent bien du droit uniforme : la Convention de Bruxelles de 1924 s'intitule « Convention pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance ». Quant à l'ambitieuse « Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer », au-delà même de son intitulé, elle précise dans son préambule qu'« ayant reconnu l'utilité de fixer d'un commun accord certaines règles relatives au transport de marchandises par mer, (les Etats partie) ont décidé de conclure une Convention à cet effet ».

Force est de constater que ce droit uniforme, voulu par les Etats dans cette matière, est entièrement conventionnel. Il convient par conséquent de rechercher les causes d'un tel état de fait.

Cette aspiration à une unification conventionnelle est relativement ancienne puisque déjà, en 1882, l'Institut de droit international estimait que l'adoption d'un droit uniforme par le biais conventionnel était « le moyen le plus radical et le plus efficace de faire disparaître les conflits de lois »¹⁸³. C'est aussi l'avis partagé par des internationalistes de renom tel que le Professeur Batiffol qui, en 1938, faisait remarquer au sujet des transports maritimes que « ... la ratification progressive de la Convention de Bruxelles de 1924 sur le connaissance diminuera dans l'avenir les cas de conflit »¹⁸⁴. De là certains auteurs ont considéré que l'adoption du droit uniforme marquerait la fin du droit international privé.

Ces affirmations, généralement posées de façon apodictique, sont critiquables. Monsieur Matteucci¹⁸⁵ y oppose le fait que le droit uniforme ne peut à l'heure actuelle couvrir tous les rapports juridiques ; les règles de conflits sont donc nécessaires pour pallier ces lacunes.

Monsieur Malintoppi¹⁸⁶ estime en outre que, pour que les conventions d'unification du droit substantiel écartent tout conflit de lois dans les matières concernées, il faudrait que deux conditions soient réalisées : la première que les conventions « unifiantes » excluent tout recours aux règles de droit international privé, et la seconde qu'il n'existe aucun problème concernant les rapports entre les règles de droit international privé et les règles qui, insérées dans une convention, ont pour fonction de déterminer le champ d'application du droit uniforme. C'est ce qu'il faut vérifier dans les développements suivants.

¹⁸² La clause-type que l'on retrouve dans moult conventions étant : « uniformity of interpretation : this act shall be interpreted and construed as to effectuate its general purpose to make uniform the law of those States who enact it ».

¹⁸³ Annuaire de l'Institut de droit international, vol. VI, 1883, p. 92.

¹⁸⁴ Henri Batiffol, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Recueil Sirey, Paris 1938, p. 247.

¹⁸⁵ Mario Matteucci, *Introduction à l'étude systématique du droit uniforme*, op. cit. , p. 20.

¹⁸⁶ Antonio Malintoppi, *Les rapports entre droit uniforme et droit international privé*, op. cit. , p. 17.

B - Les inconvénients de la méthode conventionnelle

81. La méthode du droit conventionnel, dans laquelle chaque Etat sur la scène internationale définit pour lui-même et pour lui seul son engagement dans un traité, présente l'avantage idéologique de postuler l'égalité de ces Etats. Cet ordonnancement fonde aussi cette méthode sur un principe qui renforce l'autonomie et la recherche des intérêts individuels. Cet ordre social individualiste et hétérogène¹⁸⁷ paraît donc bien loin d'une nécessaire intégration dans un même système que semble requérir l'unification du droit. On voit poindre les critiques à l'encontre de cette méthode. Il sera envisagé les difficultés que cette méthode présente au stade de l'élaboration (1) et de l'adoption de ces conventions (2).

1) Les difficultés préalables d'élaboration de ces conventions

82. Pour la majorité des auteurs, l'unification universelle est hors d'atteinte, et ce pour une raison évidente : le niveau inégal des différentes civilisations et sociétés qui composent le monde conduit à des besoins et des buts différents mais aussi à des moyens distincts pour les atteindre¹⁸⁸.

Malgré tout, conscients des inconvénients que pouvaient présenter des disparités de législations dans un monde gagné par une « standardisation » croissante des modes de vie et surtout par un accroissement régulier et continu des rapports entre les populations, des juristes tels que Lévy-Ullmann souhaitèrent une unification législative internationale : un « droit mondial du vingtième siècle ». C'est la résurgence de l'argument classique selon lequel l'unification paraît supérieure à un système, même perfectionné ou uniformisé de règlement des conflits de lois qui laisse subsister les divergences législatives internationales. On retrouve cette vieille aspiration au droit idéal et supérieur, hérité de l'Age des Lumières et généralisé au dix-neuvième siècle, siècle des codifications, selon laquelle la loi écrite « expression de volonté générale » est la garantie suprême de l'individu. Cette idée ayant pour corollaire, sur le plan international, celle selon laquelle la diversité des lois tend vers une unification matérielle du droit.

¹⁸⁷ Agnès Lejbowicz, *Philosophie du droit international ; l'impossible capture de l'humanité*, op. cit., p. 24.

¹⁸⁸ R. H. Graveson, *L'étendue du domaine de l'unification du droit*, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1964, p. 6 et s.

83. Cette aspiration à l'unification universelle n'a pas résisté aux intérêts nationaux qui exigent la conservation de leurs règles nationales dans des matières étroitement liées à des conceptions nationales spécifiques, comme c'est souvent le cas en droit de la famille¹⁸⁹. Une fois que ce préalable selon lequel toutes les matières ne sont pas également « unifiables », et ne peuvent toutes faire l'objet de conventions internationales a été posé, un travail d'identification des institutions ou des règles de droit uniforme qui ont le plus de chances de voir le jour s'impose.

On trouve d'abord souvent, chez les auteurs internationalistes, l'idée selon laquelle l'unification universelle ne peut dépasser le stade idéologique, ou en tout cas ne dépasse pas le stade expérimental¹⁹⁰. En effet, il paraît effectivement idéal de s'affranchir d'une situation où les règles de droit international dépendent des systèmes nationaux et des cultures qui leur sont parentes pour préférer un ordre juridique unifié porteur d'efficacité et de sécurité juridique. Malgré cela, on se rend compte lorsque l'on s'intéresse au recensement des Conventions internationales matérielles¹⁹¹ que celles-ci restent le plus souvent limitées à certaines matières, principalement commerciales et, en général, ne concernent que les rapports internationaux. Effectivement, le droit commercial est la branche du droit privé dans laquelle les circonstances sont en général les plus favorables à l'effort d'unification internationale. Dans ce domaine, la multiplication des contacts internationaux due au progrès technique et au développement des relations commerciales, impose de garantir aux sujets privés intéressés une sécurité juridique. C'est dans le domaine commercial que cette unification paraît la plus propice : d'une part parce que celui-ci est principalement d'ordre contractuel et que, dans ce domaine, la volonté des parties jouant un rôle essentiel, l'intérêt national paraît moins marqué que pour d'autres questions ; d'autre part parce que les usagers de cette sphère commerciale internationale utilisant généralement les mêmes techniques et instruments juridiques, leurs besoins sont donc généralement les mêmes.

84. La réalisation d'une réglementation juridique uniforme adoptée conventionnellement par une politique législative internationale, serait certes un optimum mais paraît irréalisable du fait même de la méthode choisie.

¹⁸⁹ Algot Badge, *L'unification internationale du droit commercial in l'unification du droit*, ed. UNIDROIT, Rome 1952, p. 252.

¹⁹⁰ Jean Limpens, *Relations entre l'unification au niveau régional et l'unification au niveau universel*, Revue Internationale de Droit Comparé, 1964, p. 14 et s. Plus récemment Monsieur Strenger qualifiait d'« utopique » l'idée d'une unification totale du droit matériel : Irineu Strenger in *La notion de Lex Mercatoria en droit du commerce international*, RCADI 1991, T 227, p. 233.

¹⁹¹ Institut Max Planck, *Sources du droit uniforme international*, éd. Konrad Zweigert et Jan Kötz, 1971, vol. I et II. Pour une actualisation de cette liste cf. table des textes conventionnels cités par Carine Brière in *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ Paris, 2001, p. 401 et s.

En effet, avec cette méthode conventionnelle, les Etats qui participent à l'élaboration d'un texte de droit uniforme doivent arrêter d'un commun accord le contenu matériel de ces règles. C'est justement le principe même du compromis nécessaire qui pose problème. Un tel compromis n'est pas facilement atteint. Cela serait d'abord dû à ce que Monsieur Malintoppi qualifie de « points de résistance »¹⁹² : les traditions historiques de certaines institutions juridiques et les différences sociales et économiques qui peuvent exister entre les différents Etats du globe. Ensuite on peut craindre que ce compromis, s'il est atteint, ne le soit pas de la façon la plus « juste » : il est en effet possible de redouter que les Etats les plus puissants que ce soit économiquement ou politiquement, n'imposent aux autres des normes qu'ils auraient choisies¹⁹³. Monsieur Graveson propose donc, pour pouvoir réaliser cette unification du droit de réaliser d'abord une « uniformité au niveau des politiques » qui serait un accord dans le domaine de la politique, de l'économie, de la sociologie ou de toute autre matière concernée par le domaine dans lequel on recherche l'uniformité. Cette unification des politiques essentielles pouvant se réaliser par le biais de « l'autorité sociale », de conventions, de la religion, de sanctions, d'avantages économiques ou d'autres moyens¹⁹⁴.

Il est aussi à craindre que cette technique du compromis (terme d'ailleurs qui dans une acception figurée induit une idée d'arrangement imparfait) où l'on cherche à établir une formule commune à partir d'ordres juridiques nationaux qui n'ont parfois pas de principes communs, aboutisse à des normes a minima, des normes imparfaites afin d'obtenir un accord qui pourrait être inférieur par rapport au niveau optimum de certaines lois nationales. Il faut aussi évoquer la pratique des réserves utilisées souvent lors de la négociation et qui permettent l'adoption du texte mais exemptent certains Etats de l'application d'une ou plusieurs dispositions de la Convention. L'uniformité de l'instrument d'unification du droit matériel est ainsi menacée.

85. Ces problèmes soulevés invitent à réfléchir sur la méthode même de l'élaboration du droit uniforme : ce dernier doit-il être le fruit d'un compromis entre les différentes législations en vigueur, une sorte de « patchwork », ou au contraire doit-il être un droit nouveau créé afin d'apporter les plus justes solutions aux exigences économiques et sociales ?

La solution de la création d'un droit conventionnel orientée vers la recherche de la réglementation juridique la plus adaptée est évidemment la plus séduisante, toutefois elle se heurte aux nombreuses difficultés dont il a déjà été fait état. Monsieur Matteucci en déduit

¹⁹² Antonio Malintoppi, *Les rapports entre droit uniforme et droit international privé*, op. cit. , p. 11.

¹⁹³ Delmas-Marty, *La mondialisation du droit, chances et risques*, D 1999, Chronique p. 43.

¹⁹⁴ R. H. Graveson, *L'étendue du domaine de l'unification du droit*, RIDC 1964, p. 7 et s.

que ce droit uniforme de qualité, qui serait dégagé du droit positif en vigueur, ne peut être que l'œuvre d'un organisme extrêmement qualifié¹⁹⁵.

Au-delà des problèmes liés à l'élaboration de ces Conventions matérielles internationales, il y en a d'autres qui eux sont liés à son adoption.

2) L'impossible adoption universelle des conventions

86. Les problèmes que pose la méthode conventionnelle à propos de son adoption sont assez évidents : afin que cette méthode soit efficace, il faut que le plus grand nombre d'Etats adoptent ou ratifient l'instrument conventionnel, sinon des conflits pourront se présenter entre les Etats parties à ce droit matériel et ceux qui ne le sont pas.

Il n'existe cependant rien dans l'ordre international qui contraigne un Etat à adopter une convention internationale. La réussite de l'uniformité dépendra de l'insistance avec laquelle celle-ci sera requise pour le développement de l'activité humaine concernée. Elle pourra ainsi dépendre de l'instance avec laquelle celle-ci sera réclamée par les opérateurs. Cela permet de souligner l'importance de la consultation préalable des catégories professionnelles intéressées. En effet, en matière de traités visant le commerce, comme c'est le cas pour ceux de droit maritime, une confrontation et une négociation entre les parties concernées peut favoriser le succès d'une Convention. Ce fut le cas pour la Convention de Bruxelles de 1924. S'agissant des Règles de Hambourg, même si cette Convention a été négociée et adoptée dans le cadre universel des Nations unies, elle a été perçue par les pays en développement comme favorisant les pays en développement, ce qui peut expliquer le succès relatif qu'elle connaît.

La possibilité pour les Etats d'introduire dans leur ordre juridique interne des règles similaires à celles prévues par la convention sans pour autant l'avoir ratifiée, vient tempérer ces développements. Il n'est pas possible de mesurer le succès d'une convention internationale seulement à l'aune du nombre d'Etats l'ayant ratifiée ou adoptée, même si celui-ci est un indice de la diffusion de la convention. Cette introduction de dispositions matérielles d'une convention sans ratifier celle-ci ne contribue pas forcément à l'unification de la matière car un Etat peut se contenter de ne reprendre que certaines dispositions ou peut même modifier celles-ci.

87. Ces quelques éléments permettent de voir que le choix de la méthode conventionnelle pour unifier le droit pose de nombreuses difficultés. En dépit de cela, à ce stade des

¹⁹⁵ Mario Matteucci, *Introduction à l'étude systématique du droit uniforme*, op. cit. , p. 36.

développements, il apparaît que la méthode conventionnelle est plus adaptée que celle conflictuelle. La méthode conventionnelle comporte certes des inconvénients mais ceux-ci apparaissent contrebalancés par des avantages importants.

L'étude du corpus juridique des règles régissant le transport international maritime de marchandises¹⁹⁶ montre que c'est justement cette méthode conventionnelle qui semble avoir été choisie. Pourtant, l'élaboration et l'adoption de ce droit du transport maritime de marchandises ont été confrontées à des difficultés spécifiques au monde maritime.

¹⁹⁶ Cf. par exemple, *Lamy Transport*, Tome II, quatrième partie *Transports maritimes*, chapitre I législation, éd. Lamy 2002, n°389 et s. , p. 249 et s.

Section II – L’appréciation du choix de la méthode conventionnelle

88. L’appréciation du choix de la méthode conventionnelle en matière de droit du transport international de marchandises par mer va être faite en s’intéressant à la difficile gestation de ces Conventions. On entend par la gestation d’une convention internationale les différentes étapes du processus qui lui donne vie. Elle comprend son élaboration et son adoption. Après avoir établi de façon abstraite comment devrait se présenter et ce que devrait contenir une convention qui aurait pour ambition d’unifier des solutions à des conflits internationaux, il est possible de se demander si le choix d’utiliser la méthode conventionnelle en matière de transport maritime de marchandises est justifié (paragraphe 1). Il sera ensuite fait état des difficultés engendrées par le choix de cette méthode (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La pertinence du choix de la méthode conventionnelle en matière de droit du transport international de marchandises par mer

89. Le transport maritime est une activité particulière, en raison principalement de l’espace concerné, qui présente un caractère international. Le droit du transport maritime de marchandises a une vocation universelle et réclame un droit uniforme afin d’assurer la sécurité des relations commerciales, une réglementation internationale de la matière paraît ainsi justifiée (A). Pourtant l’adoption de cette réglementation ne s’est pas faite sans difficultés car le transport maritime comporte structurellement des facteurs rendant difficile cette uniformité (B).

A - La justification d’une réglementation internationale du droit du transport maritime de marchandises

90. Le choix de la méthode conventionnelle en matière de droit du transport international de marchandises par mer est particulièrement opportun car celui-ci peut être considéré comme faisant partie du droit commercial¹⁹⁷, domaine qui, comme il l’a été souligné est propice à

¹⁹⁷ Le « transport par eau » et les « contrats concernant le commerce de mer » sont des actes de commerce par nature (visés par la liste légale de l’article L. 110-1 et 2 du Code de commerce). En outre un contrat de transport international de marchandises par mer mettra la plupart du temps en relations deux commerçants (hormis par

l'unification.

Ce choix se justifie surtout pour deux raisons : d'une part le caractère international de cette activité (1), d'autre part la sécurité juridique requise par cette matière (2).

1) Le caractère international du transport maritime de marchandises

91. Le contrat de transport maritime de marchandises, variété du contrat de transport en général, est le contrat par lequel un transporteur professionnel s'oblige à déplacer par mer d'un port à un autre une marchandise définie moyennant le paiement par le chargeur d'un fret déterminé¹⁹⁸.

92. Le transport maritime de marchandises correspond le plus souvent à une activité internationale, ainsi que l'indique Monsieur Lavergne : « la mer est la voie d'élection du commerce international. C'est par elle que s'échangent les plus grandes masses de produits bruts ou élaborés dans les conditions les plus économiques... Puisque la mer relie plus qu'elle ne sépare, il ne faut pas s'étonner que le trait dominant de l'exploitation des navires de charges soit son caractère international. »¹⁹⁹. Il paraît logique que les transports internationaux de marchandises par voie de mer ne peuvent se pratiquer sous l'empire de lois nationales sans poser d'inextricables problèmes de conflit de lois.

Le transport entraîne la croissance des économies (échange de biens et de services, construction des navires et infrastructures...) et modifie la répartition des revenus. Le transport de marchandises par voie de mer est essentiel : le tonnage transporté par voie maritime est passé d'environ 200 millions de tonnes en 1900 à plus de 500 millions en 1950, il a donc plus que doublé en cinquante ans, il a ensuite plus que quintuplé de 1950 à 1975 et tend à stagner depuis²⁰⁰. A partir de 1997, le seuil de 5 milliards de tonnes a été franchi, on arrivait en 1999 à 5,1 milliards de tonnes. Il faut surtout savoir que 90 % des échanges mondiaux se font par mer²⁰¹. L'importance stratégique de ce mode de transport impose d'en faciliter le déroulement. Au niveau juridique, cela implique de garantir la sécurité juridique de cette activité.

exemple l'hypothèse d'un déménagement quand un particulier fera directement appel à un transporteur maritime).

¹⁹⁸ Définition tirée de l'article 15 de la loi du 18 juin 1966.

¹⁹⁹ Léon Lavergne, *Les transports par mer*, 5^{ème} éd. mise à jour par G.H. Lafage, éd. Moreux, Paris, 1975, introduction.

²⁰⁰ Il s'élevait en 1986 à plus de 3 milliards de tonnes de marchandises. Pierre Bauchet, *Le transport international dans l'économie mondiale*, Economica Paris, 1998, p. 64. En 2007, 6 milliards de tonnes de marchandises sont transportées par mer. www.armateursdefrance.org/fr

²⁰¹ Informations issues du site Internet « Métiers de la mer » : www.ifm.free.fr

2) L'économie du transport maritime requiert de la sécurité juridique

93. Le fait de fournir des règles applicables aux relations qui se nouent et aux opérations qui se constituent entre les opérateurs économiques permet d'assurer un plus grand degré d'efficacité au système économique international²⁰². En effet, les opérateurs du commerce international ont besoin de la prévisibilité juridique que peuvent leur offrir des instruments juridiques fiables afin de pouvoir identifier et assurer les différents risques occasionnés par leur activité.

94. Le transport maritime de marchandises et la législation qui y est applicable présentent un intérêt stratégique pour les différents Etats. Cette matière a depuis longtemps fait l'objet d'un intérêt manifeste de la part des pouvoirs publics.

A titre d'illustration, Colbert avait développé une politique maritime comportant quatre volets : la formation des marins, le commerce maritime, la création d'infrastructures portuaires et la construction navale. Cette politique du « domaine maritime » visait à permettre le développement du transport et du commerce maritime français face aux Anglais et aux Hollandais qui monopolisaient le commerce de mer. Au début du vingtième siècle, le droit du transport maritime international était orienté dans la voie d'une reconstruction nationale. On trouvait en doctrine une tendance idéologique allant vers un développement d'organisations étatiques autoritaires et fermées à la coopération internationale²⁰³. Ce courant était dans la droite ligne des politiques maritimes des Etats marquées par l'interventionnisme souverain des Etats qui essayaient d'assurer leur domination par des réservations de trafic, blocus, ou des soutiens aux entreprises de transport. Il n'existait pas à l'époque de cadre institutionnel portant sur le transport international. Le dix-neuvième siècle a vu naître une remise en cause du pouvoir des Etats inspirée par un certain libéralisme. Cette ouverture à la concurrence mondiale ne pouvait cependant se faire sans outils juridiques adéquats. Le rôle de l'Etat est donc perçu comme une autorité supérieure chargée de garantir la sécurité matérielle et juridique du transport maritime. Il fallait aussi concilier ces aspirations avec un courant doctrinal, apparu au début du siècle, fondé sur une idée d'indépendance nationale qui avait

²⁰² Patrick Juillard, *Existe-t-il des principes généraux du droit international économique ?*, Etudes offertes à A. Plantey, A. Pédone 1995, p. 248.

²⁰³ Sergio Carbone, *La réglementation du transport et du trafic maritime dans le développement de la pratique internationale*, RCADI 1980, T 166, p. 301 et s.

pour justificatif les nécessités du trafic et les intérêts nationaux relatifs au commerce avec l'étranger²⁰⁴.

On trouve une transcription assez nette de cette idée dans la loi du 5 juillet 1949²⁰⁵ définissant la mission des pouvoirs publics : « les transports par route, par fer, par fleuve et canaux, par mer et par air devront être harmonisés de manière à assurer les besoins des usagers et... l'utilisation du mode de transport qui entraîne pour la nation le coût réel minimum »²⁰⁶.

Tous ces facteurs, ajoutés à la constatation désormais classique dans nos développements que l'encadrement national de la réglementation au niveau international du transport conduit à des résultats inacceptables sur le plan de l'uniformité de la discipline²⁰⁷, ont poussé les Etats à essayer de garantir le traitement uniforme du droit du transport maritime international. L'instrument choisi a été l'adoption d'un corpus conventionnel²⁰⁸. Cette aspiration à l'uniformité fut aussi motivée par des considérations plus pragmatiques : les armements nationaux étant devenus une source de richesse pour les Etats, toute démarche autonome étatique aggravant la responsabilité des armateurs risquait d'affaiblir l'armement national par rapport aux concurrents étrangers.

95. Les Etats ont pourtant cantonné le champ d'application de ces Conventions aux rapports internationaux²⁰⁹ souhaitant ainsi conserver leur souveraineté pour les transports maritimes internes de marchandises. De plus, même si la réglementation est internationale, elle reste largement sous le contrôle des Etats que ce soit en ce qui concerne leur création, leur adoption (ou ratification) ou leur application.

96. La coopération internationale s'impose donc dans le domaine des transports maritimes de marchandises. Le choix qui a été fait d'adopter des règles de droit substantielles plutôt que d'instituer des règles unifiées de conflit de lois est un choix ambitieux, sans doute dicté par la

²⁰⁴ Sergio Carbone, *La réglementation du transport et du trafic maritime dans le développement de la pratique internationale*, op. cit. p. 30.

²⁰⁵ Loi 49-874 du 05/07/1949, *Dispositions diverses d'ordre économique et financier*, JO du 06/07/1949, p. 6638.

²⁰⁶ Les Etats subissent pourtant une limitation de fait de leur marge de manœuvre car dans le domaine du transport maritime de marchandises les mécanismes de marché permettant une confrontation immédiate de l'offre et de la demande dans le monde entier limitent leur action.

²⁰⁷ Paul Chauveau, *Rapport sur la création d'une cour internationale pour la solution des difficultés nées de l'interprétation et de l'application des conventions internationales en matière de droit aérien*, Revue française de droit aérien, 1955, p. 465 et s.

²⁰⁸ La Convention de Bruxelles du 25 août 1924, ses deux Protocoles modificatifs de 1968 et 1979 puis la Convention de Hambourg du 31 mars 1978.

²⁰⁹ C'est clairement le cas s'agissant du Protocole de 1968 modifiant la Convention de 1924 sur le transport de marchandises par mer, et de la Convention des Nations unies sur le transport des marchandises par mer de 1978, c'est plus douteux pour la Convention de Bruxelles de 1924 à cause du caractère lacunaire des dispositions concernées : les articles 6 et 10 de la Convention. Emmanuel du Pontavice, *Conventions internationales et droit interne*, ADMA 1980, T V, p. 29 et s.

volonté de s'affranchir des ordres nationaux et des cultures qui leur sont parentes au profit d'un ordre juridique nouveau caractérisé par l'unicité des règles de droit le composant²¹⁰.

Cette adoption de Conventions internationales par les Etats afin d'assurer la sécurité juridique du transport de biens en mer est un signe manifeste d'une coopération entre les Etats. Pourtant cette dernière se heurte à de nombreux obstacles spécifiques au droit du transport maritime.

B - Les obstacles à une réglementation internationale du droit du transport maritime de marchandises

97. L'adoption d'une réglementation internationale du transport maritime de marchandises a rencontré deux séries d'obstacles. Dans un premier temps, cette législation a été l'enjeu d'un affrontement entre les armateurs et les chargeurs. Dans un second temps, l'uniformité de cette législation a été perturbée par les revendications politiques de pays en développement.

1) Le conflit d'intérêts entre chargeurs et armateurs

98. L'adoption du droit conventionnel s'effectuant au moyen d'un processus de négociation, il est superfétatoire de rappeler le rôle essentiel qu'ont les Etats dans les négociations précédant l'adoption de ces conventions « unifiantes ». L'importance des enjeux économiques, politiques et sociaux²¹¹ qui influent sur l'adoption de cette législation a entraîné le développement de phénomènes de cercles d'intérêts²¹² afin de faire pression et d'agir sur le contenu de ces Conventions maritimes.

Ces cercles d'intérêts, qu'ils soient des groupes de pression nationaux, transnationaux ou des Etats voulant défendre leurs intérêts nationaux dominants, se manifestent activement lors de l'adoption du droit international des transports.

La manifestation de ces intérêts présente l'avantage de mettre en exergue les aspirations et besoins des différents utilisateurs et acteurs du trafic international maritime de marchandises. Il faut tenir compte de ces cercles d'intérêts au moment de l'élaboration de ces instruments

²¹⁰ Louis Marquis, *L'interprétation du droit commercial international uniforme : un modèle personnifié par Marc-Antoine*, RIDC 2002, n°1, p. 99.

²¹¹ Les enjeux sociaux en matière de transport international de marchandises par mer découlent des enjeux économiques, une modification de la législation applicable à cette matière pourra s'avérer bénéfique ou au contraire défavorable à l'économie d'un pays. Il en résultera des conséquences pour la société (création ou perte d'emploi, développement ou baisse des exports...).

²¹² Expression du Professeur Serge Sur in *droit international des transports : principes et règles*, SFDI, colloque du Mans, *aspects actuels du droit international des transports*, 22-24 mai 1980, Pédone 1981, p. 121 et s.

afin que ceux-ci les diffusent et incitent les opérateurs du commerce international à les respecter.

De plus, idéalement, l'unification du droit devrait « permettre au commerce maritime de se développer de manière harmonieuse en respectant les intérêts en présence »²¹³. Cette nécessité d'une entente se retrouve à un autre niveau : il faut aussi que les deux parties au contrat de transport²¹⁴ arrivent à s'entendre.

99. Les obstacles à l'unification du droit du transport maritime de marchandises résident dans le fait qu'il existe des conflits d'intérêts à ces deux niveaux : au niveau étatique, il est possible d'identifier un clivage entre pays développés et pays en développement (ou de façon schématique pays du nord et pays du sud), ainsi qu'au niveau des parties entre armateurs et chargeurs qui s'opposent traditionnellement lors de l'élaboration du droit du transport maritime.

100. Le conflit entre armateurs et chargeurs, qui a un caractère privé, trouve cependant des répercussions étatiques puisque ce sont traditionnellement les pays développés qui sont armateurs et ceux en voie de développement chargeurs. En effet, la part relative des nations développées à économie de marché est supérieure à 56% de la demande de transport et à 67% de l'offre, tandis que les pays en développement représentent 36% de la demande de transport mais ne participent qu'à hauteur de 21% à la production²¹⁵.

Depuis un peu plus de quarante ans²¹⁶, les pays en développement ont pris conscience de l'importance essentielle du transport maritime de marchandises et par voie de conséquence de la législation qui y est applicable pour leur développement économique. Ces pays ont besoin du commerce extérieur pour assurer leur développement et les marchandises sont pour l'essentiel acheminées par voie de mer²¹⁷. On a ainsi pu leur reprocher de politiser des secteurs entièrement apolitiques comme l'élaboration du droit du transport maritime. Rodière souligne à ce sujet « la politisation de tout ce qui émane du tiers monde. La preuve : il existe entre autres un comité des associations nationales d'Europe et des conseils de chargeurs

²¹³ Patrick Pestel-Debord, *Chargeurs, transporteurs, et « maritimistes » : réflexion sur un siècle de luttes d'influence*, DMF 2001, n° 13, p. 183.

²¹⁴ Celui qui veut faire transporter et celui qui peut transporter ce que le premier veut faire transporter. Définition de Georges Schildknecht, *Chargeurs et armateurs quel futur pour les conférences maritimes*, Colloque sur le commerce international et le transport maritime, Dunkerque 1993, p. 257 et s.

²¹⁵ JMM du 03/01/1992, p. 5.

²¹⁶ On trouve des auteurs qui font remonter ce mouvement à 1955. Emmanuel du Pontavice, *Etat actuel et avenir du droit maritime*, ADMA 1993, T XII, p. 47.

²¹⁷ Le transport aérien en effet représente une part résiduelle des échanges intercontinentaux : il représente 10% du trafic en valeur et 1% en tonnage, cela s'explique aisément par les taux de fret : si le transport aérien peut supporter un taux de fret de 1,56 euros par kilo, le transport maritime lui peut supporter 0,15 euros par kilo (source : Pierre Léonard, *Les transports maritimes dans les relations Nord-Sud*, annales IMTM 1989, p. 124).

européens ; les uns et les autres sont des organisations non-gouvernementales ; ils ont pour pendant en Amérique centrale un Conseil centraméricain des chargeurs et une Association centraméricaine des armateurs qui sont l'un et l'autre des organisations gouvernementales. C'est un signe. »²¹⁸.

La prise en compte de cet intérêt public, des enjeux économiques et ce pas seulement par les pays en développement mais aussi par les Etats développés est la cause de ces interventions des Etats dans ce qui était une matière contractuelle où, au début du siècle dernier, on voulait voir prédominer l'autonomie contractuelle et cantonner les interventions des autorités publiques aux cas où une nécessité d'ordre social existait.

La Convention de Bruxelles a été élaborée par les grandes nations maritimes et industrielles du début du vingtième siècle. Elle devait permettre au commerce maritime de se développer harmonieusement en respectant les intérêts en présence. Ce fut le cas : elle permit aux marchandises, sous le couvert d'un connaissance, d'être soumises à un statut à peu près uniforme tout en laissant la liberté contractuelle régler certains problèmes secondaires. Pourtant, celle-ci fut remise en cause par les pays en développement.

2) Le conflit d'intérêts entre pays développés et pays en développement

101. Les pays en développement considérèrent que l'équilibre recherché entre les intérêts des chargeurs et ceux des transporteurs n'était pas suffisant et qu'il convenait de renforcer les droits des chargeurs résultant du contrat de transport maritime. Ils remettaient d'autant plus en cause cette législation qu'elle avait été adoptée sans eux. Ils considéraient cela comme une autre illustration de la suprématie des Etats traditionnels dans les relations économiques internationales, un droit qui s'appliquait alors qu'il avait été façonné par les pays du Nord et ce pour leurs besoins propres.

Ces pays ont donc cherché, par le moyen du processus législatif au plan international, à introduire des changements dans le monde maritime. En effet, les règles de droit du transport maritime ont un fort contenu économique et aucune restructuration de l'économie mondiale ne peut être atteinte sans une réforme du droit²¹⁹.

²¹⁸ René Rodière, *Les tendances contemporaines du droit privé maritime international*, RCADI 1972, T 135, p. 390.

²¹⁹ Jan Lopuski, *Les principales lignes d'évolution du droit maritime privé : l'influence exercée par la pression des pays en développement*, DMF 1987, p. 218.

Les pays en développement ont dès lors essayé d'instituer un nouvel ordre maritime s'inspirant de l'idée d'un nouvel ordre économique international²²⁰ qualifié de « nouvel ordre maritime international »²²¹ qui a, entre autres, pour objet de procurer aux pays en développement une part plus substantielle dans le commerce maritime mondial.

102. A cette occasion, les pays en développement décidèrent aussi de réformer le système des conférences maritimes. Ces conférences sont un phénomène assez ancien qui est apparu pour réguler la libre concurrence, laquelle s'équilibrait entre armateurs et opérateurs afin d'atteindre un meilleur niveau d'efficacité, mais qui, du fait d'une surcapacité de l'offre avait abouti à une concurrence acharnée, à une baisse des taux de fret et, par voie de conséquence, à une perte de sécurité et de normes sociales²²². Ces conférences maritimes, ententes entre armateurs, visaient à une répartition du trafic d'une route maritime donnée entre les compagnies participantes, ainsi qu'à une fixation de taux de fret uniformes. Celles-ci avaient cependant une influence perverse puisque ce système de conférences s'est développé de telle manière que toute compagnie de navigation engagée de façon permanente dans un trafic maritime donné faisait partie d'une conférence et, de ce fait, était dans la meilleure position pour imposer les clauses contractuelles qu'elle désirait aux chargeurs²²³. Surtout que, dans le système conférentiel, la compagnie ayant les conditions de transport les plus sévères à l'égard des chargeurs était imitée par les autres membres afin d'assurer les mêmes coûts et risques face au niveau de trafic qui était en tout cas garanti²²⁴.

103. C'est pour cette raison que la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, sous la pression des pays en développement²²⁵, décida de proposer une nouvelle réglementation du transport maritime international de marchandises et décida aussi de s'occuper du problème des conférences maritimes. C'est ainsi que fut adopté le Code de conduite des conférences maritimes, véritable convention multilatérale, qui tient plus d'un compromis politique que d'un véritable ordre juridique²²⁶, et qui pose des bases nouvelles pour la négociation commerciale. L'intérêt de ce code est qu'il institutionnalise les rapports

²²⁰ T. M. Franc et M. M. Munansangu, *The new international economic order : international law in the making*, UNITAR, New York 1982, p. 3 et s.

²²¹ Pierre Léonard, *Les transports maritimes dans les relations Nord-Sud*, op. cit. , p. 126.

²²² M. S. Viezzoli, *Les conférences maritimes : quel avenir ?*, Annales IMTM 1988, p. 137 et s.

²²³ Sergio Carbone, *La réglementation du transport et du trafic maritime dans le développement de la pratique internationale*, RCADI 1980, T 166, p. 263 et s.

²²⁴ La réglementation internationale applicable à ces conférences maritimes sera développée ultérieurement, cf. infra n° 843.

²²⁵ Il s'agit notamment de la pression du groupe des 77. Ce groupe fondé le 15 juin 1964 par la Déclaration commune des 77 pays, est une coalition de pays en développement qui a été conçue pour promouvoir les intérêts collectifs de ses membres et pour leur assurer une capacité de négociation accrue aux Nations unies. Cette organisation comporte à l'heure actuelle 133 pays membres.

²²⁶ Françoise Odier, *Le code de conduite*, ADMA 1983, T VII, p. 233 et s.

entre chargeurs et armateurs, tout en mettant un frein à l'intervention des Etats dans les négociations commerciales sur les transports maritimes. C'est par conséquent un instrument de compromis²²⁷. Les auteurs, de façon optimiste, voient ce code comme un outil permettant de réconcilier les intérêts maritimes divergents que cela soit entre le Nord et le Sud mais aussi entre utilisateurs et fournisseurs de services maritimes²²⁸.

104. Cette opposition entre intérêts des pays développés et pays en développement n'est qu'en partie vraie, il faut en effet nuancer cette dichotomie apparente entre pays du Nord, industrialisés et plutôt transporteurs et pays du Sud, en voie de développement et plutôt chargeurs. En effet, le schéma classique d'une division du monde en deux pôles suivant plus ou moins le modèle colonial, avec, au sud des tropiques, les pays en développement (souvent d'anciennes colonies) fournissant les matières premières qui sont transportées par les pays du Nord (industrialisés) qui ensuite les transforment, n'est plus exacte.

D'abord parce qu'il serait erroné d'avoir une vision du monde aussi dualiste. En effet, souvent dans un même Etat il existe un conflit d'intérêts entre les armateurs et les chargeurs de ce même pays. L'Etat parfois lui-même se fait l'écho de cette opposition d'intérêts divergents, même s'il est vrai qu'il se fait souvent le représentant officieux des intérêts privés dominants dans le pays. Ensuite, parce que les relations entre pays en développement et pays développés sont en train de changer : non seulement les pays en développement transforment de plus en plus leurs matières premières et exportent davantage de produits manufacturés²²⁹. En outre des pays en développement d'Asie, dénommés les nouveaux pays développés d'Asie (NPIA)²³⁰, ont une politique ambitieuse dans le transport de marchandises et ont pour objectif de devenir les transporteurs maritimes du monde entier²³¹.

Enfin, de nouvelles relations économiques et de nouveaux rapports de force s'établissent dans le monde et on constate une régionalisation des échanges avec le développement de zones de libre-échange, des phénomènes de protectionnisme économique et une harmonisation des

²²⁷ Jean Labat, *Bilan de l'application du code de conduite des conférences maritimes*, in J. Le Bullenger et D. Le Morvan, *La Communauté Européenne et la mer*, (actes du colloque de Brest) Economica Paris, 1998, p. 535 et s.

²²⁸ A. Bouayad, *Le code de conduite des conférences maritimes : perspectives d'évolution*, in J. Le Bullenger et D. Le Morvan, *La Communauté Européenne et la mer*, (actes du colloque de Brest) Economica Paris, 1998, p. 543 et s.

²²⁹ Notamment les pays à revenu intermédiaire de l'Asie de l'Est. Pierre Loubigniac, *Le contexte concurrentiel des transports maritimes*, IMTM, annales 1985, p. 180 et s.

²³⁰ Ce sont les quatre « dragons » : Corée du Sud, Hong Kong, Taïwan et Singapour.

²³¹ La compagnie privée taïwanaise Evergreen est effectivement un des plus importants exploitants au monde, pourtant elle n'est qu'au quatrième rang des exploitants de porte-conteneur. Elle est devancée par CMA-CGM-Delmas, armement français, qui est au troisième rang des exploitants de porte-conteneur. Source : www.armateursdefrance.org/fr

législations à une échelle régionale. On trouve cette législation régionale aussi bien dans le Pacifique Nord et Ouest qu'en Europe ou en Amérique.

Les pays du Sud obtinrent la réunion d'une conférence à Hambourg en 1978, sous l'égide de la CNUCED, qui devait modifier les règles applicables en matière de transport maritime international de marchandises.

105. Cette conférence illustra l'intérêt et les tensions que cette matière suscitait déjà parmi les pays du Sud composant de façon majoritaire cette conférence. Entre des pays du Sud propriétaires d'un armement de plus en plus important (entre autres l'Inde et la Côte d'Ivoire) et désireux de ne pas perdre les avantages que la Convention de Bruxelles donne aux armateurs²³², et d'autres pays du Sud souhaitant réformer le régime international pour favoriser le chargeur. C'est en partie à cause de cela, comme aussi du fait de la résistance des grands Etats maritimes traditionnels²³³ que le succès, ou en tout cas l'entrée en vigueur de la Convention conditionnée à vingt ratifications²³⁴, fut si longue à intervenir (elle intervint seulement le 1^{er} novembre 1992).

Toutefois, et en fonction de ce qui a été dit sur la méthode conflictuelle²³⁵, il apparaît que cette méthode conventionnelle d'unification du droit international applicable au transport maritime de marchandises semble, à ce stade du raisonnement, la plus adaptée.

Pourtant les Conventions internationales en matière de transport international de marchandises par mer se trouvent confrontées à des difficultés spécifiques, que ce soit des problèmes techniques ou un problème de compétence pour les élaborer.

Paragraphe 2 - Les imperfections de la méthode conventionnelle en tant que voie d'unification du droit du transport international de marchandises par mer

106. Le domaine du transport maritime et celui des transports en général est, de part sa nature même, caractérisé par un déplacement de personnes ou de marchandises dépassant le cadre normatif d'un seul Etat et ayant par là même un caractère international. C'est donc très

²³² Il sera vu que cette crainte était en partie non fondée puisque paradoxalement la Convention de Hambourg semble plus favorable au transporteur que la Convention de Bruxelles ! Cf. infra n° 278 et s.

²³³ Hormis la France dont la loi d'autorisation du Parlement de ratifier la Convention de Hambourg est intervenue le 15 avril 1981 mais n'a été suivie d'aucune approbation, aucun des grands Etats maritimes traditionnels ne l'a ratifiée ou approuvée.

²³⁴ Alors que vingt ratifications, comme le souligne Monsieur Putzeys « ce n'est pas grand-chose sur le plan maritime », in *droit des transports et droit maritime*, 1993, p. 18.

²³⁵ Supra n° 74 et s.

naturellement qu'un nombre considérable de Conventions internationales « unifiantes » ont été conclues dans ce domaine. Pourtant la méthode conventionnelle présente des imperfections en tant que voie d'unification du droit du transport maritime : parmi elles, les obstacles rencontrés lors de l'élaboration (A) et de l'adoption des Conventions (B).

A - Les obstacles originels : la diversité des institutions élaborant ces Conventions

107. S'agissant des Conventions voulant unifier la réglementation applicable au transport maritime international de marchandises par mer, leur processus de rédaction a connu dès l'origine des difficultés causées par la multiplicité des institutions oeuvrant en ce domaine.

Pour reprendre une expression de Monsieur Govare : « de tout temps, on a souhaité que les lois de la mer soient unifiées dans le monde »²³⁶. Cette affirmation est certainement vraie. Pourtant ce n'est qu'à une période relativement récente que les différents législateurs commencèrent à légiférer en matière de transport maritime de marchandises, entraînant par là même des divergences nationales.

L'intensification des activités maritimes et une demande des usagers de pouvoir bénéficier d'une prévisibilité du droit applicable à leurs rapports ont été les sources d'un mouvement en vue de l'unification du droit du transport maritime. D'abord, une organisation non-gouvernementale a développé une coopération transnationale afin d'unifier le droit du transport maritime internationaux de marchandises (1). Ensuite, furent créées des organisations intergouvernementales, que ce soit dans ce but spécifique ou non (2).

1) L'action originelle du Comité Maritime International en matière d'unification du droit maritime

108. Le mouvement d'uniformisation du droit maritime qui remonte à la fin du dix-neuvième siècle fut initié en dehors de tout cadre institutionnel par « des juristes, des hommes d'affaires, des experts en matière de navigation, ainsi que de savantes associations scientifiques »²³⁷. Chronologiquement, on trouve d'abord d'autres organisations non-gouvernementales qui ont eu une action en ce domaine. Une première association dénommée « Association pour la réforme et la codification du droit des gens » fut fondée en 1873 et pris

²³⁶ James-Paul Govare, *Les difficultés d'adoption et d'application des conventions maritimes internationales*, JMM n° 1147 du 13-02-1947, p. 217.

²³⁷ Giulio Diena, *Principes du droit international privé maritime*, RCADI 1935, T 51, p. 412 et s.

en 1905 la dénomination d' « Association pour le droit international », sa principale action fut la réforme des règles sur les avaries communes. Puis vint l'Institut de droit international qui rédigea des projets de loi uniforme sur les assurances et les abordages²³⁸.

109. Ce n'est qu'en 1896 que fut fondé en Belgique un Comité maritime international dont le premier congrès fut tenu en 1897. Le CMI existe en fait sous une forme différente dès les années 1880 au travers des efforts d'un groupe de commerçants et d'hommes politiques belges qui en eurent l'idée, et présentèrent à l'Association pour le droit international la proposition de codifier l'ensemble du droit maritime international. Ces discussions incluaient un projet de conférences diplomatiques afin d'adopter la législation proposée. Une conférence fut organisée et se déroula sous les auspices du Gouvernement belge à Anvers en 1885.

Cette conférence diplomatique et une seconde organisée en 1888 furent des échecs. L'Institut de droit international abandonnant toute velléité de travailler sur l'unification du droit maritime confia cette tâche au CMI²³⁹ : celle de promouvoir la création d'associations internationales de droit maritime, afin d'impliquer toutes les catégories intervenant dans le commerce maritime, avec qui il développerait une coopération.

Au travers de ces quelques dates, il est possible de mesurer à quel point le besoin de coopération internationale s'est fait ressentir dans le domaine des affaires maritimes. Il faut d'ailleurs souligner au sujet de ces associations, que, d'une compétence limitée géographiquement, elles sont rapidement passées à une compétence universelle plus adaptée au caractère global du droit maritime²⁴⁰.

110. Le CMI, association privée « qu'anime la collaboration de bonnes volontés individuelles »²⁴¹, a ainsi une compétence universelle. Il a pu, par la qualité et la diversité de ses membres, se dégager une autorité dans le domaine de l'unification du droit maritime. Les Etats reconnaissant son intérêt au point d'en faire partie par la voix de délégations nationales. Cette reconnaissance est cependant officieuse. Les gouvernements ne sont pas représentés au CMI comme tels, et le caractère privé du CMI l'empêche de se prononcer en dernier ressort sur le texte des conventions internationales. Le CMI remplit ainsi une fonction d'organe technique ayant un rôle initiateur et préparatoire, essentiel dans le domaine de l'unification du droit maritime. Il se cantonne à la sphère des intérêts privés et laisse à d'autres organismes le soin de procéder à l'élaboration de normes unifiées dans les autres domaines : par exemple,

²³⁸ Giulio Diena, *Principes du droit international privé maritime*, ibid.

²³⁹ On trouve explicitée cette mission dans une lettre datée du 2 juillet 1896 entre le CMI et l'Institut de droit international. C'est aussi la preuve que le CMI existait et fonctionnait avant sa création formelle en 1897.

²⁴⁰ Jan Lopuski, *La coopération internationale dans les affaires maritimes : la formation d'un système institutionnel*, op. cit., p. 452.

²⁴¹ Paul Chauveau, *L'unification du droit maritime et le CMI*, RTD Com. 1963, p. 740.

les questions sociales intéressant le droit maritime sont du ressort de l'Organisation Internationale du Travail et du Bureau International du Travail.

Puis, de façon plus officielle, les Etats ont aussi marqué leur préoccupation d'unifier le droit maritime. Ceux-ci, par le biais de conférences diplomatiques réunies à Bruxelles et utilisant les travaux du CMI, adoptèrent ou ratifièrent des Conventions de droit maritime uniforme (dont la Convention de Bruxelles de 1924). Dans ces conférences diplomatiques, les gouvernements étaient représentés par des ministres plénipotentiaires assistés de conseillers.

C'est donc une procédure originale d'élaboration de Conventions maritimes « unifiantes » qui s'est formée par l'usage. Ces Conventions, malgré leur indéniable apport à la sécurité juridique, ne constituent pas un système complet de droit privé maritime uniforme. Elles concernent toutes un domaine bien précis du droit maritime.

En ce qui concerne de façon plus précise le CMI, celui-ci fonctionne principalement grâce au travail d'une commission très restreinte²⁴² qui établit un projet de convention. Ce projet est ensuite soumis aux différentes associations nationales dont le CMI a suscité la création. Les associations étudient, critiquent ou approuvent le projet soumis. S'ensuit une révision du projet par la commission en tenant compte des observations formulées. Après un dernier examen des associations nationales, le projet est soumis à une conférence internationale réunie à Bruxelles sur convocation du Gouvernement belge. Même si la structure et la composition du CMI ont été modifiées durant plus d'un siècle²⁴³, son mode de fonctionnement est resté le même. La constitution du CMI dispose que son objet est l'unification du droit maritime et commercial, des coutumes usages et pratiques le concernant²⁴⁴. Ce comité est à l'origine de seize Conventions maritimes internationales préparées par ses soins. Le nombre de ratifications et adhésions que celles-ci ont recueillies suffit à témoigner de la valeur intrinsèque de cet organisme²⁴⁵.

111. Malgré ces réussites, dans la période suivant la deuxième guerre mondiale, commença à se faire ressentir le besoin d'une réforme profonde du droit maritime privé.

Ce besoin d'une réforme s'explique par plusieurs raisons. D'abord le CMI fit l'objet de critiques concernant son travail²⁴⁶. On lui reprocha l'influence anglo-saxonne de ses Conventions ayant pour résultat de rendre celles-ci absconses à cause de leur souci de tout

²⁴² Il s'agit de la Sous-Commission pour l'uniformité du droit du transport de marchandises par mer.

²⁴³ Son fonctionnement actuel est régi par une constitution adoptée en 1992, cf. site du CMI <http://www.comitemaritime.org>.

²⁴⁴ Traduction de l'auteur, le texte exact étant : « the unification of maritime and commercial law, maritime customs, usages and practices ».

²⁴⁵ René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, Dalloz Paris, 12ème édition 1997, p. 27.

²⁴⁶ Paul Chauveau, *L'unification du droit maritime et le CMI*, RTD Com., 1963, p. 751.

prévoir, de tout analyser. Les Conventions du CMI sont généralement d'une longueur inaccoutumée et elles contiennent souvent des successions d'énumérations et d'incidentes qui s'entremêlent, le tout régi par un minimum de ponctuation. On lui reproche aussi, on en revient aux défauts que peut présenter l'élaboration du droit conventionnel, de se limiter à une étude comparative des législations en présence. Cette critique n'est pas totalement recevable puisque cette étude comparée des législations permet au CMI de donner des réponses concrètes aux exigences de la pratique en reprenant ou en écartant des dispositions selon leur appréciation par les acteurs du transport. Il apparaît en effet que le CMI ne se contente pas de travailler selon une méthode comparatiste, mais selon le modèle de la coopération fonctionnelle qui est la considération de la réalité commerciale dans les différents systèmes de droit²⁴⁷. Cette prise en compte des réalités du commerce se fait par l'envoi de questionnaires aux associations nationales par le bureau permanent du CMI. Il est toutefois possible de regretter que l'action du CMI ne tienne pas plus compte de la doctrine et de la jurisprudence, même si ses études sont depuis peu enrichies par une base de donnée Internet visant la jurisprudence²⁴⁸.

112. Au delà de ces reproches portant sur la méthode de travail du CMI, ces années furent aussi celles où certains Etats prirent un intérêt croissant à l'ordre juridique international portant sur les transports maritimes internationaux de marchandises : les flottes nationales étant, de part leur importance économique, un élément important des politiques étatiques. L'ordre économique international a été bouleversé à cette époque par les revendications des pays en développement pour plus de justice dans les relations économiques, ces revendications étant fondées sur des postulats politiques. Ces pays en développement ont cherché à restructurer l'économie maritime internationale en construisant un nouvel ordre maritime, celui-ci ne pouvant se faire que par une réforme du droit.

Comme le résume bien le Professeur Von Ziegler²⁴⁹, alors qu'une partie de la communauté maritime procédait par de petits pas conservateurs, une autre était demandeuse de changements radicaux, cette situation favorisant un éventuel conflit de conventions²⁵⁰. Les pays en développement mirent en doute la compétence du CMI pour traiter de la législation internationale des transports. Ils lui reprochaient d'être un « club des riches ». En effet, dans

²⁴⁷ K.P. Berger, *The creepily codification of the Lex Mercatoria*, La Haye-Boston-Londres, 1999, p. 46.

²⁴⁸ Massimiliano Rimaboschi, *Méthodes d'unification du droit maritime, contribution à l'interprétation uniforme*, thèse pour le doctorat en droit, Edizioni Università di Trieste, 2005, p. 19.

²⁴⁹ Alexander Von Ziegler, *Alternatives and methods of unification or harmonization of maritime law*, Il Diritto Marittimo 1999, p. 235.

²⁵⁰ Le Professeur Von Ziegler parlant de « competing Convention ».

les années 60, « seulement quelque 20 % des associations membres du CMI pouvaient être décrites comme appartenant aux pays en développement »²⁵¹.

Au delà de l'opposition institutionnelle, c'est toute l'opposition des différents intérêts en cause qui se manifeste : chargeurs, banquiers, transporteurs, assureurs sont tous concernés par un éventuel changement de législation qui pourrait remettre en cause la répartition des risques. Ce mouvement fut encore renforcé par l'impact des changements technologiques affectant la navigation, l'intensification du trafic maritime rendant nécessaire l'adoption d'une réglementation sur la sécurité de la navigation, alors que, dans le même temps, les règles traditionnelles du droit maritime sur le partage des risques ne connaissaient pas d'évolutions majeures.

C'est le naufrage du Torrey-Canyon sur les récifs des îles Sorlingues qui fit apparaître la nécessité de réformer le monde maritime économique. Pour Monsieur Latron, ce fut le « nez de Cléopâtre »²⁵². Chauveau précisant avec beaucoup d'humour que si la cargaison du pétrolier avait été de whisky, l'événement serait passé inaperçu, sauf une euphorie passagère de la « gent poissonneuse ». La Conférence de Djakarta qui suivit créa le comité juridique de l'Organisation maritime internationale²⁵³ qui commença à ôter au Gouvernement belge et au CMI les rôles de préparateurs et d'organiseurs des conférences diplomatiques de droit maritime.

2) L'intervention concurrente d'organisations intergouvernementales dans l'unification du droit maritime

113. Cette conjonction de facteurs a aussi coïncidé avec un appétit croissant des organismes de l'Organisation des Nations unies (ONU) et des agences spécialisées pour inclure le développement du droit maritime dans leurs programmes de travail.

A la fin de la seconde guerre mondiale, après le maintien de la paix et de la sécurité internationale, l'ONU s'est fixée pour tâche de réduire les inégalités entre les peuples en essayant d'offrir aux nations défavorisées les meilleures conditions pour une pleine affirmation de leur capacité de développement. Les Nations unies ont rapidement pris conscience du caractère stratégique des transports maritimes pour faciliter la participation des pays en développement aux échanges internationaux. Il y eut un affrontement entre les pays

²⁵¹ Jan Lopulski, *Les principales lignes d'évolution du droit maritime privé : l'influence exercée par la pression des pays en développement*, DMF 1987, p. 223.

²⁵² Pierre Latron, *Un rappel historique*, DMF 1999 n° 591, n° spécial : « 50 ans de droit positif », p. 203.

²⁵³ OMI, à l'époque OMCI : Organisation Maritime Consultative Intergouvernementale.

traditionnels et ceux en voie de développement : « les grandes puissances maritimes ont voulu confier des fonctions économiques à cette organisation dont un des buts devait être l'instauration d'un ordre libéral dans les transports maritimes. En revanche, les pays en développement, notamment les pays latino-américains, ont revendiqué la reconnaissance du droit d'adopter des mesures protectrices pour leur industrie maritime »²⁵⁴. La conférence des Nations unies sur le développement du commerce et de l'industrie a considéré qu'il convenait de revoir la législation pour renforcer les droits des chargeurs résultant du contrat de transport maritime²⁵⁵.

114. On a alors assisté à un transfert, ou plutôt, à un glissement des activités relatives à l'unification du droit maritime privé des organisations non-gouvernementales à celles intergouvernementales appartenant à la famille de l'ONU. Certains pays développés à économie de marché critiquèrent un pareil dédoublement de compétence, arguant de l'existence et de l'efficacité d'organismes installés de longue date. Ces efforts restèrent vains. Le CMI a tout de même obtenu un statut consultatif auprès des institutions de l'ONU mais son importance a décliné alors qu'entre les deux guerres mondiales il concentrait pratiquement toutes les activités concernant l'unification du droit maritime.

Le recours au CMI, organisation non-gouvernementale, était acceptable pour des pays à économie de marché (modèle économique des pays développés), dans lesquels le rôle de l'Etat dans les relations économiques entre acteurs privés est limité. Les pays en développement ont considéré les organisations intergouvernementales plus appropriées pour la coopération internationale. Ce recours à la technique institutionnelle plutôt qu'aux organisations non-gouvernementales paraît cependant avoir un caractère plus instrumental qu'idéologique. Il s'agit pour le Professeur Sur « d'utiliser les outils de coopération qui semblent le mieux adaptés »²⁵⁶.

115. La Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) a été l'outil institutionnel dont se sont servis les pays en développement pour réformer la législation existante en droit maritime au niveau international. La CNUCED a été créée par l'Assemblée Générale des Nations unies le 30 octobre 1964. Il s'agit d'un « compromis entre la volonté des pays en développement qui demandaient la création d'une nouvelle institution

²⁵⁴ Georges Assonitis, *Réglementation internationale des transports maritimes dans le cadre de la CNUCED*, Presses Universitaires de France, Paris 1991, p. 5.

²⁵⁵ Ce rapport de force : pays du sud en développement, pays chargeurs contrôlant la CNUCED et pays du nord, armateurs n'est qu'en partie vrai, cf. infra n° 104.

²⁵⁶ Serge Sur, *droit international des transports principes et règles*, Colloque du Mans de 1980 de la Société française pour le droit international, op. cit. , p. 18.

spécialisée et celle des pays développés qui s'y montraient hostile »²⁵⁷. La résolution la créant prévoit qu'une attention particulière devra être accordée aux mesures institutionnelles appropriées pour traiter des problèmes relatifs aux transports maritimes. La vocation première de la CNUCED n'est pas de s'occuper de la réglementation internationale du transport maritime²⁵⁸, mais comme ce dernier constitue le support incontournable du commerce international, elle a été amenée à réaliser des travaux en ce domaine. C'est surtout à partir d'avril 1965, lorsque le Conseil de la CNUCED crée la Commission des transports maritimes que se révèle l'ambition de cette institution en matière de législation maritime internationale. C'est à ce moment qu'elle a commencé à s'occuper des problèmes juridiques et économiques du transport maritime²⁵⁹. Le mandat de cette Commission est de traiter des :

- « -conditions du transport maritime, pour contribuer plus efficacement à l'expansion du commerce mondial, surtout celui des pays en développement ;
- aspects économiques des transports maritimes ;
- influence sur les échanges et les balances des paiements ;
- politiques et législations nationales correspondantes. »²⁶⁰.

La CNUCED, dans une résolution adoptée à Alger en 1977, reproche au droit du transport maritime « d'avoir été créé au cours d'une phase économique et historique antérieure de la société, qui reflète des attitudes et des pratiques désuètes ; favorables aux vieilles nations maritimes, et à leurs armateurs, mais qui sont préjudiciables à leurs propres intérêts » (comme l'analyse Chauveau, « leurs propres intérêts » désigne les intérêts des pays sous-développés²⁶¹).

Le souci de la CNUCED de refaire le monde maritime économique et celui de l'OMI de réformer le monde maritime juridique²⁶² ont cependant multiplié les sources des règles de droit substantielles portant sur certains aspects du transport international de marchandises par mer.

²⁵⁷ Stéphanie Howel, *Le point sur le travail de la CNUCED en matière maritime*, Mémoire de DESS de droit maritime et droit des transports, Université d'Aix-Marseille III, 1991, p. 2.

²⁵⁸ Ses principaux objectifs sont « d'aider les pays du Tiers-Monde à tirer le meilleur parti des facilités du commerce, d'investissement et de développement qui s'offrent à eux, à faire face aux problèmes découlant de la mondialisation et à s'intégrer de façon équitable dans l'économie mondiale », *La CNUCED en résumé 1998*, <http://www.unctad.org/fr/aboutorg/aboutorgf.htm>

²⁵⁹ Gérard Auchter, *La Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer de 1978*, Revue Juridique et Economique, *Droit européen des transports, Règles de Hambourg*, Vol. XIV, 1979, n° 1-2, p. 24.

²⁶⁰ 22ème séance plénière du Conseil de la CNUCED du 29 avril 1965 : Résolution 11 créant la Commission des transports maritimes ; Résolution 12 fixant le mandat de cette Commission.

²⁶¹ Paul Chauveau, *La convention sur les connaissements mise en accusation*, ADMA 1974, p. 13.

²⁶² Antoine Vialard, *Sisyphes et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit. , p. 217.

Ces deux émanations des Nations unies n'ont pas du tout le même champ de compétence : en effet l'OMI est une institution spécialisée qui a vocation à s'intéresser à un mode de transport sur le plan universel, en l'espèce le transport maritime ; la CNUCED et la CNUDCI ont elles des compétences beaucoup plus larges mais les transports maritimes font néanmoins l'objet d'études et de recommandations. Cette concurrence des compétences a été identifiée dès 1964 par le Secrétaire général de l'OMCI (OMI), le conseil de l'OMCI a alors adopté les directives suivantes :

« -l'OMCI se limitera pour le moment aux questions techniques, tout en collaborant avec la CNUCED ;

-l'OMCI se fera représenter aux réunions de la CNUCED et de sa Commission des transports maritimes. ». On voit donc à présent ces deux émanations des Nations unies conjuguer leurs efforts et leurs compétences au travers de « groupes joints et internationaux d'experts ».

Le Professeur Sur à ce sujet parlait « d'une concurrence... entre une organisation dominée par les pays d'armateurs comme l'OMCI et un organe contrôlé par les pays en développement comme la CNUCED »²⁶³.

116. La CNUDCI va elle aussi intervenir en ce domaine puisqu'elle avait pour mission générale : d'« encourager l'unification et l'harmonisation du droit commercial international »... en favorisant une participation plus large aux conventions internationales existantes et une acceptation plus générale des lois-types et lois uniformes ...». Rodière ²⁶⁴ considère la CNUDCI comme « une émanation indirecte de l'ONU, et directe de la CNUCED ». En effet, cet organe de l'ONU a été créé par la résolution n° 2205 du 17 décembre 1966 de l'Assemblée générale de l'ONU, sur proposition de la CNUCED pour qui « le commerce international est l'un des facteurs « les plus importants du développement économique ». La CNUDCI, organe d'étude spécialisé, va travailler sur la base de programmes de travail qu'elle définit sur les indications de la CNUCED qui est plus un organe politique. La CNUDCI, dès sa seconde session, inscrit à son ordre du jour la « réglementation internationale des transports maritimes »²⁶⁵. Pour ce faire elle a créé dès 1969 un groupe de travail restreint chargé de la réglementation des transports maritimes. Celui-ci a suivi la même procédure au cours de ses différentes sessions : débat général sur chaque question, sur la base de projets de textes faisant état des positions des différents

²⁶³ Serge Sur, Colloque du Mans de 1980 de la Société française pour le droit international : *droit international des transports principes et règles*, op. cit. , p. 20. Il est vrai que les pays en développements sont les principaux animateurs de la CNUCED grâce à leur supériorité numérique.

²⁶⁴ René Rodière, *CNUCED et CNUDCI devant le droit maritime. Un exemple de leur travail*, ibid. p. 387.

²⁶⁵ Expression qui date en fait de la 5ème session du 20 avril 1971.

gouvernements exprimées, puis groupe de rédaction restreint chargé d'élaborer un avant-projet²⁶⁶. Si la question des transports maritimes de marchandises par mer devient prioritaire, la CNUDCI, et à travers elle, la CNUCED ambitionnent de créer une convention nouvelle, sous les auspices de l'ONU, qui aura pour but principal : « l'élimination des incertitudes et des ambiguïtés actuelles et la réalisation d'une répartition équilibrée des risques entre le propriétaire de la marchandise et le transporteur »²⁶⁷.

117. Ce fut chose faite lorsque le 30 mars 1978 la CNUCED²⁶⁸ fit adopter les Règles de Hambourg entrées en vigueur le 1er novembre 1992. C'est en l'espèce une tentative de substitution à la Convention de Bruxelles de 1924 et ses Protocoles modificatifs, Convention du CMI, d'une Convention CNUCED ou ONU : les Règles de Hambourg.

Ce qui est regrettable n'est pas tant l'objectif des Nations unies de substituer de nouveaux textes aux textes anciens mais c'est la « volonté mortifère » dont parle le Professeur Vialard de « tuer l'ordre juridique ancien en tentant de le remplacer par du neuf »²⁶⁹.

Le problème, et ceci sans rentrer encore dans le débat à propos de la qualité et de l'opportunité de cette Convention, est que les Règles de Hambourg, en laissant subsister les précédentes Conventions CMI et en particulier la Convention de Bruxelles dans ses différentes versions, portent d'elle-même de par leur existence un coup à l'unification recherchée en permettant une superposition des Conventions due à un antagonisme d'organismes internationaux.

118. Cet affrontement entre Conventions internationales et institutions internationales aurait pu être évité par une meilleure concertation entre le CMI et les organisations des Nations unies dans le but de réviser la Convention de Bruxelles de 1924 ; une telle révision impliquant une concertation entre les pays membres de l'OMI et ceux composant les structures de la CNUCED et de la CNUDCI. Il paraît évident qu'une collaboration accrue des organisations internationales qui ont pour rôle de contribuer à l'unification du droit permet d'éviter que des instruments négociés sous l'égide d'organisations différentes se trouvent en concours pour régir le même rapport privé. Cette coordination des organisations internationales ayant pour but « d'éviter un gaspillage d'efforts et de favoriser l'efficacité, la

²⁶⁶ Claude Douay, *La Convention des Nations unies sur la transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg de 1978)*, Bulletin des transports internationaux par chemins de fer 1979, vol. 87, p. 3 et s.

²⁶⁷ Walter Muller, *Vers un nouveau « Harter Act », réflexions sur les tendances de révision des Règles de La Haye*, DMF 1972, p. 324.

²⁶⁸ Plus précisément la CNUDCI. Le projet de Convention a été établi par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à la demande de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) in Résolution adoptée par la Conférence des Nations unies sur le transport de marchandises par mer le 30/03/1978.

²⁶⁹ Antoine Vialard, *Sisyphes et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit., p. 218.

cohésion et la cohérence dans l'unification et l'harmonisation du droit commercial international »²⁷⁰.

On conçoit aisément les difficultés qu'implique une entente. A défaut, il aurait fallu que toutes les parties signataires de la Convention de Bruxelles dans ses différentes versions acceptent de ratifier les Règles de Hambourg, ces dernières prévoyant un mécanisme de dénonciation de la Convention de Bruxelles dans son article 31 (qu'il aurait fallu mettre à jour pour qu'une dénonciation de cette Convention modifiée par le Protocole du 21/12/1979 soit aussi prévue). Ou alors, solution paraissant encore plus difficilement envisageable, il aurait fallu que toutes les parties à la Convention de Bruxelles dans ses différentes versions soient toutes d'accord pour abroger celle-ci.

Ce n'est pas ce qui s'est passé puisque la Convention de Bruxelles et les Règles de Hambourg sont en vigueur de façon concurrente. Cette critique de l'absence de collaboration des organisations internationales chargées de l'unification du droit du transport international de marchandises par mer sera nuancée lors de l'étude de l'élaboration du projet de Convention CNUDCI.

Le droit des transports internationaux de marchandises rencontre d'autres obstacles que ceux de son élaboration au niveau international, il ne faut pas oublier ceux rencontrés quant à son adoption par les Etats.

B - Les obstacles au moment de l'adoption des Conventions internationales sur le transport de marchandises par mer

119. Pour qu'une convention reçoive application, il faut que celle-ci soit adoptée ou ratifiée. En France, pour intégrer notre ordre juridique, une convention doit respecter les conditions posées par la Constitution de la Cinquième République au sujet de la ratification des traités internationaux. L'article 55 de la Constitution française de 1958 prévoit que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Ainsi un traité a valeur supra-législative à la double condition qu'il ait été ratifié ou approuvé régulièrement et qu'il fasse l'objet d'une application réciproque²⁷¹.

Le premier risque qui se pose à propos de ces Conventions en matière de transport

²⁷⁰ *Le droit commercial uniforme au XXIème siècle*, Actes du congrès de la CNUDCI, New York, 18-22 mai 1992, p. 19.

²⁷¹ Cf. infra n° 172.

international de marchandises par mer, c'est que celles-ci ne reçoivent pas suffisamment d'adoption ou de ratification afin de remplir leur rôle d'unification. Il n'est cependant pas possible de contraindre un Etat à adhérer à une convention internationale. Celui-ci étant souverain, il adhère ou ratifie les outils internationaux de son choix. Seul l'outil diplomatique peut être utilisé afin d'assurer le succès de certaines conventions. Cet outil n'ayant aucune force contraignante, une Convention internationale peut ainsi être victime d'un très faible niveau de ratification.

120. Le Professeur Vialard souligne à cet égard la tendance française « à boudier la ratification des instruments nouveaux »²⁷². On prendra pour illustrer cette tendance l'exemple de l'adoption laborieuse de la Convention de Bruxelles (1) et celui de l'adoption échouée des Règles de Hambourg (2).

1) L'exemple de l'adoption laborieuse de la Convention de Bruxelles

121. C'est en France que l'introduction des règles de la Convention de Bruxelles dans la législation interne s'est révélée la plus laborieuse. Votée en 1922, signée en 1924, cette convention a été ratifiée en France par autorisation de la loi du 09 avril 1936 et publiée par le décret du 25 mars 1937. Ce délai s'explique par l'opposition des chargeurs jugeant insuffisantes les mesures prises. Le législateur français, ne pouvant se contenter de reprendre le texte de la Convention d'inspiration anglo-saxonne dont la rédaction « inusitée » eut dérouté les tribunaux de commerce, a été contraint d'adapter les règles de la Convention. Ce travail d'adaptation fut réalisé par l'Association française de droit maritime qui établit un avant-projet dont le texte, tout en respectant les règles de fond de la Convention, les présentait sous une forme facile à comprendre et dans une rédaction claire.

Cet avant-projet fut accepté par une commission du Ministère de la marine marchande et presque entièrement repris dans le projet de loi d'adaptation des règles de la Convention de Bruxelles déposé par le Gouvernement le 07 juillet 1926. Malheureusement ce texte se trouva en conflit avec une proposition de loi initiée par les chargeurs, et déposée le 03 novembre 1925 par Monsieur Roux-Fraissineng. En effet, ces derniers ne se contentant pas des avantages accordés par la Convention de Bruxelles essayèrent de faire interdire dans le contrat de transport les clauses d'exonération aussi bien pour les fautes nautiques que pour celles commerciales. Cette proposition visait aussi à interdire les clauses attributives de compétence

²⁷² Antoine Vialard, *Sisyphes et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit. , p. 218 et s.

en instituant la compétence obligatoire du port de destination et, dans le cas où ce port serait situé à l'étranger, du tribunal du port de départ en France. Cette proposition rencontra évidemment une vive opposition de la part des armateurs. D'une part parce que s'ils étaient prêts à une responsabilité obligatoire de leurs fautes commerciales, ils souhaitaient en échange la possibilité de s'exonérer des fautes nautiques. D'autre part parce que cette proposition, manifestement incompatible avec la Convention de Bruxelles, mettait les transporteurs français dans une position plus difficile que celle de leurs concurrents étrangers. Les défenseurs des armateurs ripostèrent le 5 mars 1929 par une proposition de loi de Monsieur Tasso (député de Marseille) et qui « reproduisait presque intégralement le texte du projet du Gouvernement ». Dans le même temps, Mr Haarbleicher, directeur au Ministère de la marine marchande, rédigeait de son côté un projet officieux.

La Commission de la marine marchande fut saisie des différents textes et elle aboutit à un nouveau texte qui fit l'objet le 05 juillet 1929 d'un rapport supplémentaire de Monsieur Roux-Freyssineng qui fut choisi comme rapporteur du texte dans un esprit de conciliation. Celui-ci consacra l'exonération des fautes nautiques. Ce projet fut adopté en 1931 par la Chambre des députés, mais il contenait encore une disposition inadmissible qui obligeait les arbitres, dans le cas d'une clause compromissoire, à se réunir au port de destination, même si ce port était situé dans les colonies françaises ou à l'étranger. Le Sénat supprima cette disposition puis adopta le texte en 1933. Le texte modifié fut adopté par la Chambre des députés le 21 février 1936 à la suite d'un rapport de Monsieur Coty²⁷³. Une loi fut adoptée le 9 avril 1936, autorisant le Président de la république à ratifier la Convention de Bruxelles ; le décret de promulgation intervint le 25 mars 1937 et disposait que cette convention entrerait en vigueur le 4 juillet 1937. Aux termes de son article 13, la loi française devait entrer en vigueur trois mois après la date à laquelle aurait pris effet la ratification de la Convention de Bruxelles. C'est donc le 4 octobre 1937 que la loi nouvelle est entrée en vigueur²⁷⁴. A propos de cette ratification, le Professeur du Pontavice a écrit : « les intérêts particuliers s'étaient disputés entre eux autour de la Convention de 1924 sur le transport de marchandises par mer sous connaissance, qui ne fut ratifié qu'en 1936, moyennant l'adoption en droit interne d'une mauvaise loi »²⁷⁵. Cette loi présentait l'avantage d'avoir été rédigée en un langage juridique très supérieur à celui de la convention et des Règles de La Haye. Pourtant il était possible de lui reprocher son éloignement de la Convention internationale.

²⁷³ Monsieur Coty faisait partie de la commission de la marine marchande de la Chambre des Députés.

²⁷⁴ Monsieur Scapel à ce titre insiste sur le fait que la réforme des connaissances « a battu le record de la lenteur parlementaire » ce qui est significatif de l'importance des enjeux sous-tendus.

²⁷⁵ Emmanuel du Pontavice, *L'œuvre du Doyen Rodière en droit maritime*, DMF 1982, 643.

Depuis les années 1960, au cours desquelles la France hésite à adopter les dernières Conventions élaborées par le CMI, elle semble se tenir à l'écart des conventions internationales nouvelles et ce que celles-ci aient ou non été élaborées sous l'égide du CMI.

2) L'exemple de l'adoption échouée des Règles de Hambourg

122. L'exemple le plus frappant de cette réticence de la France à adopter de nouvelles conventions internationales en matière maritime est la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer : celle-ci a été signée par la France le 18 avril 1979 et une loi du 15 avril 1981 a autorisé le Président de la République française à ratifier les Règles de Hambourg (autorisation donnée à titre permissif et non contraignant), mais aucune approbation n'a suivi la loi d'autorisation.

123. Cette Convention « unifiante » n'a pas subi que la « bouderie » française puisqu'elle devait entrer en application seulement un an après que vingt Etats l'aient ratifiée ou y aient adhéré. Ce fut chose faite seulement le 1^{er} novembre 1992, soit quatorze ans après son élaboration. Il est important de remarquer que vingt ratifications ou adoptions pour une Convention qui a une ambition universelle ne représentent pas grand chose sur la scène internationale²⁷⁶, et ce d'autant plus qu'aucun des grands Etats maritimes traditionnels ne l'a ratifiée ou n'y a adhéré : les Etats adhérents étant principalement des Etats africains.

124. En ce qui concerne cette « pratique française », le Professeur Bonassies a une opinion beaucoup plus nuancée²⁷⁷ : pour lui la France se trouve au premier rang des Etats qu'il qualifie d' « internationaliste » en ce sens qu'elle est à la pointe des ratifications des Conventions internationales adoptées par le CMI et de celles émanant des organes spécialisés des Nations unies. Il se livre à un comptage du nombre de ratification de Conventions maritimes de droit privé : la France ayant ratifié 21 textes maritimes est le second Etat au rang de l'internationalisation du droit maritime. Il constate de même que les autres Etats ayant ratifié la plupart de ces Conventions internationales font partie de ce qu'il qualifie le « bloc communautaire » désignant les Etats de l'espace européen²⁷⁸. Malgré tout, force est de constater que hormis l'Autriche aucun de ces Etats n'a ratifié ou adhéré aux Règles de Hambourg.

²⁷⁶ C'est d'autant plus surprenant que dans une résolution adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies, celle-ci a invité « tous les Etats à envisager de devenir parties à la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer », Résolution 48/33 du 1^{er} février 1994.

²⁷⁷ Pierre Bonassies, *l'unification du droit maritime et le droit français*, Il Diritto Marittimo 1999, p. 86 et s.

²⁷⁸ Espagne, Grande Bretagne, Danemark, Grèce, Pays-Bas, Suède, Allemagne, Italie, Finlande, Portugal, Irlande, Luxembourg, auxquels il ajoute la Suisse et la Norvège.

125. Les problèmes d'élaboration et d'adoption ne sont pas les seuls problèmes que peut rencontrer une Convention internationale, celle-ci peut aussi être confrontée à des difficultés lors de son application.

Chapitre II – De l’unité de la Convention à la multiplicité de la société internationale : une application éclatée

Une convention internationale ayant pour objet d’unifier la réglementation applicable à une matière, après avoir été élaborée et adoptée, est confrontée à la multiplicité de la société internationale. Ainsi l’objectif d’unification du droit du transport international de marchandises par mer peut être mis à mal par l’application des Conventions dans les Etats, que ce soit par les applications ou les interprétations divergentes de ces instruments ou par leur confrontation avec les dispositions internes (section I).

126. En outre, ces Conventions peuvent entrer en concurrence avec d’autres Conventions internationales adoptées par des Etats différents ou les mêmes Etats. C’est le cas en matière de transport international de marchandises par mer puisque plusieurs Conventions internationales ont été créées. Il en résulte de multiples possibilités d’adoption. Il est évident que cette pluralité de normes internationales à vocation uniforme, ajoutée à l’existence de législations internes conduit à autant de conflits d’application possibles. Il existe ainsi une superposition de normes potentiellement applicables à un transport international de marchandises par mer. Outre l’affrontement traditionnel entre normes internes et normes internationales, il faut relever, s’agissant de cette matière, une superposition des normes internationales. Cette superposition peut s’expliquer par le souci de compléter ou de mettre à jour une Convention, comme c’est le cas pour la Convention de Bruxelles et ses Protocoles modificatifs, il s’agit d’une superposition de « complémentarité ». Elle peut poser problème lorsque des Etats n’ont pas adhéré à tous les Protocoles modificatifs, des versions différentes de la Convention peuvent entrer en conflit. Comme l’exprime si bien le Professeur Vialard à ce propos, parfois « le mieux est l’ennemi du bien »²⁷⁹. Il y a aussi l’hypothèse de la superposition « antagoniste », quand il y a une concurrence voulue entre instruments internationaux avec l’adoption d’un nouvel instrument comme ce fut le cas s’agissant des Règles de Hambourg. Les règles relatives à l’application des différents textes, en particulier la définition de leurs champs d’application concurrents, vont d’une certaine manière ruiner l’objectif d’unification du droit de la méthode conventionnelle. Ces chevauchements possibles de textes posent des difficultés car ces Conventions contiennent des règles matérielles différentes (section II).

²⁷⁹ Antoine Vialard, *Sisyphé et l’uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit. , p. 214.

Section I – La société internationale, écueil à l'unification du droit

127. Lorsque après avoir été adoptées les Conventions internationales sont entrées en vigueur puis appliquées, se rencontrent alors des écueils à l'unification, induits par l'introduction de la Convention dans un ordre juridique interne (paragraphe 1). Ce nouvel outil juridique international va en outre se trouver confronté à d'autres dispositions internes ou internationales qui peuvent avoir vocation à s'appliquer concurremment (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Les obstacles à l'unification liés à l'intégration du droit conventionnel dans l'ordre juridique interne

128. Ainsi que le soulignait Rodière « l'unification des lois ne conduit à l'unification du droit que si leur interprétation est semblable dans les différents pays »²⁸⁰. Du fait de son intégration dans l'ordre juridique interne, une Convention contenant du droit matériel peut être soumise à de nombreux aléas : problèmes de traduction, non-respect de la Convention par l'Etat contractant, déformation par le juge national chargé de l'appliquer (A). Les Conventions d'unification du droit du transport maritime international sont soumises à ces aléas (B).

A - Les aléas lors de l'application des conventions internationales

129. Les aléas qu'une convention internationale est susceptible de rencontrer peuvent être causés par son application stricto sensu en cas de non-application de celle-ci (1), ou par son application lato sensu quand se posent des problèmes de traduction ou d'interprétation (2).

1) Le problème de la non-application

130. Le premier problème d'application de ces conventions qui vient à l'esprit est l'hypothèse des Etats qui s'engagent à ratifier ou adopter un instrument conventionnel et qui ne le font pas. Ces Etats doivent en effet remplir cette obligation internationale vis-à-vis des

²⁸⁰ René Rodière, *Introduction au droit comparé*, Précis Dalloz 1^{ère} éd. Paris 1979, p. 128.

autres Etats auprès desquels ils se sont engagés. La non-réalisation de ses engagements par un Etat ne peut donner lieu qu'à des sanctions diplomatiques, hormis une éventuelle hypothèse où des sanctions auraient été prévues dans un protocole inséré à cet effet et adopté par l'Etat en question. Cette hypothèse est relativement rare, un tel Etat engageant sa réputation sur la scène internationale. Les difficultés qui peuvent intervenir lors de l'application d'une Convention internationale par les Etats parties à celle-ci sont malheureusement beaucoup plus fréquentes.

2) Les problèmes de traduction ou d'interprétation

131. Pour que les conventions internationales aient force obligatoire pour un Etat, il faut qu'elles soient intégrées dans son propre système juridique national. Si cette introduction se fait par simple ratification ou adoption de la convention visée, un problème de traduction peut intervenir lorsque la Convention est rédigée en langue étrangère, voire des problèmes d'interprétations différentes de termes ou mécanismes juridiques se poser. Par contre, si cette introduction de la convention « unifiante » a lieu par voie de promulgation de lois internes autonomes (c'est le cas dans beaucoup de pays anglo-saxons : la Convention internationale après avoir été ratifiée ou adoptée par l'Etat au plan international est adoptée par l'Etat intégralement comme loi interne), ou que l'instrument conventionnel se borne à poser certaines règles fondamentales auxquelles les législateurs nationaux devront se conformer, l'œuvre d'unification ultérieure que produiront les législateurs pourrait ne pas suivre exactement la Convention et donc être source de désuniformité.

132. La convention, une fois insérée dans le système juridique national, sera appliquée par le pouvoir judiciaire. Il y a une nouvelle possibilité de divergence d'interprétation. Les juges disposent d'une marge de manœuvre assez importante en matière d'interprétation des traités internationaux. Celle-ci se justifie par le fait que les traités ne sont pas tous de la même nature et que, dans leur interprétation, il faut tenir compte de ces différences. Pourtant en matière de traités ayant pour but de poser des règles communes, l'interprétation devrait être uniforme. Le Professeur Vialard estime à ce sujet qu'« il n'y a pas de lecture française, anglaise, japonaise pour une convention internationale portant loi uniforme, une telle convention devant être interprétée en elle-même et par elle-même »²⁸¹.

²⁸¹ Sentence CAMP 22 octobre 2002, navire Lagos et Tiger Force, citée par Philippe Delebecque, *Droit maritime et régime général des obligations*, DMF 2005, n° 663.

Ce n'est cependant pas le cas en France car comme le constate le Professeur « la France est à la pointe de l'interprétation « renationalisante » des conventions internationales qu'elle a ratifiées »²⁸², on ne peut néanmoins pas aller jusqu'à parler d'« opposition judiciaire aux traités »²⁸³. Force est toutefois de constater que les tribunaux manifestent une certaine opposition contre l'application privilégiée des traités internationaux. Ce phénomène est assez ancien puisque déjà Monsieur de Naurois constatait en 1934 dans sa thèse de doctorat que « l'application et l'interprétation des traités internationaux posent aux juridictions nationales des problèmes délicats, de compétence et de fond... parce qu'ils mettent en jeu des questions juridiques placées aux frontières de trois disciplines différentes : le droit privé, le droit public et le droit international public, les juridictions internes, qu'elles soient administratives ou judiciaires, hésitent à leur donner des solutions rationnelles, précises et nettes. »²⁸⁴.

133. Eliminons d'emblée l'hypothèse selon laquelle les tribunaux n'appliqueraient pas une convention internationale ratifiée ou approuvée par leur Etat, et faisant de ce fait partie du droit en vigueur. Dans ce cas, en ayant volontairement ou non refusé d'appliquer une règle de droit applicable, ils statueraient *contra legem*. Au-delà de ce problème de non-application par le juge de conventions internationales qui le lie, il y a un risque plus fréquent qui est celui de l'« interprétation nationalisante des conventions internationales ».

Cette question est importante puisqu'ainsi que le constate Monsieur Mayer il n'y a pas de loi commune lorsque l'unification législative ne s'est pas accompagnée d'une unification juridictionnelle. Dans un tel cas, Chauveau notait à juste titre qu'une convention internationale destinée à une unification des règles substantielles ne servirait à rien si, sous couvert d'interprétation, les juges nationaux réintroduisent les divergences de solutions qui ont rendu nécessaire l'élaboration de la convention.

134. Il est évident que l'on peut déceler une préférence incontestable des juges pour l'application de leur droit national : celui-ci leur est beaucoup plus familier que des normes d'origine internationale. Ils sont quand même tenus d'appliquer ces conventions internationales introduites dans leur système juridique national. Ils peuvent ainsi lorsqu'ils les appliquent faire usage de leur pouvoir d'interprétation. On voit tout de suite les difficultés qui pourraient se poser si la convention « unifiante » fait l'objet d'interprétations différentes par

²⁸² Antoine Vialard, *Sisyphé et l'unification internationale du droit maritime*, op. cit. , p. 220 et 221.

²⁸³ Ferenc Majoros, *Les conventions internationales en matière de droit privé ; abrégé théorique et traité pratique*, Tome I, op. cit. p. 133 et s.

²⁸⁴ Louis de Naurois, *Les traités internationaux devant les juridictions nationales, contribution à l'étude du droit international et du droit interne*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Toulouse, 1934, Librairie du Recueil Sirey, Paris, introduction.

les juges des Etats signataires. On serait alors tenté d'objecter, comme Monsieur Matteucci²⁸⁵, que la convention « unifiante » étant le résultat d'une pensée juridique commune, l'interprétation de ses règles par les juges de chaque Etat signataire ne peut être sans autorité vis-à-vis des juges des autres Etats signataires. Un juge national, confronté à une difficulté d'interprétation d'une convention internationale à laquelle son Etat est partie, devrait donc chercher, dans la jurisprudence des autres Etats membres, si cette difficulté n'a pas déjà été réglée dans une décision judiciaire. Ce raisonnement est certes juste, mais semble devoir rester à l'état de vœu pieux. En effet, rien ne contraint un juge national à se référer à la jurisprudence étrangère des autres pays signataires. Il est d'ailleurs facile d'imaginer les difficultés matérielles que rencontrerait un magistrat tentant cette démarche intellectuelle, que ce soit pour avoir accès aux décisions de justice des autres Etats parties²⁸⁶, les traduire, ou utiliser des concepts juridiques inconnus. Il paraît par conséquent souhaitable d'assurer une interprétation unique des conventions au risque sinon de voir se développer des jurisprudences divergentes qui, à la longue, finiraient par ruiner l'œuvre d'unification des législations.

135. Ce danger n'est pas imaginaire. Il est possible à ce sujet de se référer aux études réalisées, depuis 1954, par le Conseil de Direction de l'Institut international pour l'Unification du droit privé, qui a mis en lumière quelques-uns des exemples les plus frappants de divergences jurisprudentielles dans l'interprétation des lois uniformes.

Il paraît ainsi difficile de partager l'opinion de Monsieur Matteucci selon laquelle ces divergences d'interprétation ne concernent que des dispositions isolées et qu'elles ne sont pas plus marquées entre les cours de différents pays qu'entre celles des cours d'un même pays. Il estime ainsi que « les divergences d'interprétation jurisprudentielle ne constituent pas pour le droit uniforme un phénomène d'une gravité particulière, de nature à rendre vains les buts qui sont assignés à celui-ci »²⁸⁷.

En effet, de telles contradictions entre les juridictions chargées d'appliquer les textes d'une convention « unifiante » peuvent avoir des conséquences énormes. On peut en outre objecter à Monsieur Matteucci, comme le souligne le Professeur Lescot, qu'une contradiction entre tribunaux d'un même Etat, est appelée tôt ou tard à disparaître grâce à l'intervention régulatrice et « unifiante » de la juridiction suprême, mais que malheureusement un mécanisme équivalent n'existe pas dans l'ordre international.

²⁸⁵ Mario Matteucci, *Introduction à l'étude systématique du droit uniforme*, RCADI 1957 I, T. 91, p. 424 et 425.

²⁸⁶ La preuve du contenu du droit étranger est pourtant facilitée en France par l'existence du service international de la Chancellerie qui mène de telles recherches.

²⁸⁷ Mario Matteucci, *Introduction à l'étude systématique du droit uniforme*, RCADI 1957, T 91 I, p. 429.

Il est possible de constater de tels problèmes d'application en ce qui concerne les différents textes applicables en droit du transport international de marchandises par mer.

B - Les problèmes d'application des Conventions d'unification du droit du transport international de marchandises par mer

136. L'application d'une Convention internationale se fait d'abord par son introduction dans l'ordre juridique interne, celle-ci peut poser des difficultés lors de la transposition des dispositions d'une convention « unifiante » (1). L'instrument conventionnel pourra, par la suite, poser des problèmes d'interprétation (2).

1) Les difficultés résultant de l'introduction en droit interne des Conventions internationales

137. Les Conventions en matière de transport international de marchandises par mer sont, il l'a déjà été dit, des Conventions unifiant des points de droit privé matériel. Le Professeur Lagarde les classent en deux catégories : « les conventions « unifiantes » et les lois uniformes. Les premières contiennent diverses dispositions de droit privé uniforme, directement applicables dans les Etats où le traité a reçu force obligatoire, mais qui laissent subsister les dispositions nationales antérieurement en vigueur dans ces Etats. Par opposition aux conventions « unifiantes », les lois uniformes sont destinées à être introduites dans le droit de chaque Etat contractant pour se substituer aux dispositions nationales qui y étaient antérieurement en vigueur.²⁸⁸ ». Les Conventions internationales traitant du transport maritime de marchandises sont des Conventions « unifiantes », elles laissent subsister des dispositions nationales en restreignant leur champ d'application aux rapports internationaux (elles exigent, en outre, pour s'appliquer un rattachement variable avec les Etats contractants).

138. Il y a des pays dans lesquels la convention internationale remplace de plein droit la loi interne, ce n'est pas le cas en France. Malgré tout pour rendre l'unification du droit plus complète, le législateur national, après avoir ratifié une convention « unifiante », modifie généralement sa loi interne pour adopter les règles de la convention internationale (il peut y être obligé lorsque le droit interne n'est pas compatible avec le droit uniforme de la convention alors que le droit interne s'appliquait à des situations internationales ou que le droit uniforme avait vocation à s'appliquer à des rapports internes).

²⁸⁸ Paul Lagarde, *Le champ d'application dans l'espace des règles uniformes de droit privé matériel*, Etudes de droit contemporain de l'Université de Paris, tome 33, 1971, p. 149 et s.

139. Cette reprise dans le droit interne a été à l'origine de divergences d'application de la Convention de Bruxelles, à un tel point que celle-ci a été choisie comme exemple de l'interprétation « législative »²⁸⁹ du droit uniforme par l'Institut International pour l'Unification du droit privé qui poursuit depuis 1954 l'étude des questions relatives à l'interprétation du droit uniforme.

Les travaux réalisés par cet Institut²⁹⁰ ont permis de rappeler que le champ d'application de la Convention de Bruxelles, conformément à une interprétation littérale et aux déclarations résultant des procès-verbaux de la Sous-Commission de la Conférence de 1925, devait se déterminer selon le critère objectif qui est de savoir si le connaissance avait été créé dans un Etat ayant la qualité juridique de partie contractante à la Convention. En outre, ils ont mis en valeur les différentes interprétations législatives faites par les Etats qui ont introduit la substance de la Convention dans leur législation nationale. La législation anglaise²⁹¹ prévoit que la loi s'appliquera quand un transport s'effectuera au départ ou à destination d'un port britannique, indépendamment du caractère national ou international dudit transport. Comme le souligne Monsieur Matteucci, le champ d'application prévu par la Convention de Bruxelles est donc modifié car ces législations couvrent les transports à destination des ports nationaux même si le connaissance a été créé dans un Etat non-contractant.

Cette méthode présente l'autre inconvénient que la loi nationale ainsi créée est certes d'origine internationale, mais elle est bien une disposition nationale. Le juge national se reconnaîtra de ce fait seul compétent pour interpréter son droit à l'exclusion de tout juge étranger²⁹², ce qui pose d'évidents problèmes de désunification de la Convention internationale d'origine. On voit par conséquent que cette tentative de certains Etats d'essayer de réaliser un droit uniforme à partir de Conventions internationales a échoué.

140. En ce qui concerne la seconde catégorie de conventions, comme il l'a été dit, la Convention « unifiante » laisse subsister le droit interne.

Ainsi, en France, la loi introduisant les dispositions conventionnelles dans notre législation nationale n'intervint que le 2 avril 1936²⁹³.

²⁸⁹ Expression citée par Mario Matteucci in *introduction à l'étude systématique du droit uniforme*, op. cit. , p. 425.

²⁹⁰ Institut International pour l'Unification du droit privé, *aperçu général des travaux pour l'unification du droit privé 1953-1955 : l'unification du droit*, Rome, vol. 4, p. 399 et s.

²⁹¹ Carriage of Goods by Sea Act de 1924.

²⁹² Jacques Putzeys, *Le nationalisme dans le droit international*, in *études offertes à René Rodière*, Dalloz Paris, 1981, p. 474.

²⁹³ La Convention de Bruxelles de 1924 est entrée en vigueur le 02/06/1931, elle fut ratifiée par la France (loi du 09/04/1936), le droit interne fut lui modifié par une loi du 02/04/1936 : René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, op. cit. , n° 328, p. 304.

141. Cette Convention coexiste dans l'ordre juridique français avec la loi française du 9 février 1936. Cette dernière a été très rapidement l'objet de vives critiques. Pourtant d'après Monsieur Sauvage « la loi établit un petit nombre de règles très claires et elle a réduit dans une large proportion le rappel superflu et parfois ambigu des notions de droit commun »²⁹⁴. Il est d'abord reproché à cette loi d'avoir reproduit la disposition la « plus condamnable » de la Convention de Bruxelles qui sectionnait le contrat de transport, la législation nouvelle ne s'appliquant pas aux marchandises avant embarquement et après déchargement, le régime des marchandises avant et après ces événements reste sujet à toutes les controverses²⁹⁵. A cette époque on pouvait trouver des arrêts de cours d'appel qui soumettaient le transporteur maritime en cas d'incendie survenu à terre, aux dispositions de l'article 103 du Code de commerce, ceci ayant pour conséquence de rendre le transporteur responsable de plein droit de la destruction de la marchandise. Ensuite il a été reproché au législateur d'avoir introduit dans sa législation interne les règles adoptées par la Convention, en ne craignant pas de s'en écarter pour les dispositions qui lui paraissaient d'une application difficile en droit interne²⁹⁶. Relevons à titre d'exemple que la Convention règle les transports depuis le chargement jusqu'au déchargement²⁹⁷ alors que la loi française précise de la prise en charge de la marchandise sous palan jusqu'à sa délivrance sous palan²⁹⁸. La Convention ne s'applique pas au transport des animaux vivants et des marchandises en pontée²⁹⁹ ; la loi française ne les exclut pas de son champ d'application³⁰⁰... Il en résulte des divergences entre le régime international et le régime interne.

²⁹⁴ Francis Sauvage, *Manuel pratique du transport des marchandises par mer*, op. cit. p. 21.

²⁹⁵ Il en résulte un important contentieux, soumis aux tribunaux, sur la situation juridique de la marchandise sur quais ou en magasins portuaires, Georges Ripert, *La loi française du 2 avril 1936 sur les transports de marchandises par mer*, *Rivista del diritto della navigazione*, anno II, n°4.

²⁹⁶ Georges Ripert, *La loi française du 02-04-1936 sur les transports de marchandises par mer*, op. cit.

²⁹⁷ Article 2 de la Convention de Bruxelles : « sous réserve des dispositions de l'article 6, le transporteur, dans tous les contrats de transport de marchandises par mer, sera quant au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde, aux soins et au déchargement des dites marchandises, soumis aux responsabilités et obligations, comme il bénéficiera des droits et exonérations ci-dessous énoncés ».

²⁹⁸ Article 1-1 de la loi du 2 avril 1936 : « la présente loi régit exclusivement les transports par mer. Elle s'applique seulement depuis la prise en charge des marchandises sous palan jusqu'à leur remise sous palan au destinataire ».

²⁹⁹ La Convention de Bruxelles n'a pas vocation à régir les transports d'animaux vivants et les transports réguliers en pontée : « marchandises comprend biens, objets, marchandises et articles de nature quelconque, à l'exception des animaux vivants et de la cargaison qui, par le contrat de transport, est déclarée comme mise sur le pont et, en fait, est ainsi transportée » article 1-c de la Convention

³⁰⁰ James-Paul Govare, *Les difficultés d'adoption et d'application des conventions internationales*, op. cit. , p. 219. Il s'agit de l'article 9§3 de la loi du 2 avril 1936. La loi française a exclu ces deux catégories de transports des dispositions relatives aux clauses d'irresponsabilité (un transporteur pourra transporter ces marchandises et stipuler une clause de non responsabilité) : Georges Marais, *Les transports internationaux de marchandises par mer et la jurisprudence en droit comparé*, LGDJ Paris, 1949, p. 258 et s.

142. On peut entre autres citer, à propos des différences entre la législation française interne et internationale (à propos de la responsabilité du transporteur), le fait que la loi française n'a pas repris le système de la « due diligence » mais a préféré un système de preuve beaucoup plus conforme à la tradition juridique française. Le transporteur, qui invoquant un cas d'exonération sous l'emprise de la loi française, doit démontrer la réalité du fait qu'il allègue et non pas l'existence d'une certaine diligence soumise à l'appréciation du juge. Cette loi de 1936 a été également critiquée par les armateurs. Ceux-ci prétendaient en effet qu'elle était plus sévère à leur égard que la Convention de 1924. Ils estimaient que sur le problème de la preuve la notion de due diligence leur était plus favorable, ils ont ainsi demandé sa substitution à l'obligation de résultat instaurée en droit interne par la loi du 2 avril 1936. Ensuite, ils demandaient la reproduction dans la loi française de l'entière liste des cas exceptés énumérés dans la Convention de Bruxelles, et en particulier celui de l'incendie.

Il ressort de ces divergences un élément de complication sur la détermination du régime applicable à un transport.

143. Pour apporter une réponse à toutes ces critiques, une commission dirigée par Rodière fut mise en place et un projet de loi fut déposé le 23 juin 1965 à l'Assemblée nationale. Ce fut le 18 juin 1966 et le 31 décembre 1966 que la loi et le décret sur les contrats d'affrètements et de transport maritime furent adoptés.

Conformément aux articles 59 de la loi et 82 du décret, ces textes devaient entrer en vigueur trois mois après la publication au JO du décret ; ils sont devenus applicables le 11 avril 1967 pour la France et les territoires d'Outre-Mer. L'apport principal de cette loi est qu'elle a pris soin de délimiter son champ d'application plus largement que ne l'avait fait la Convention de 1924 ou la loi de 1936 : elle a mis fin au sectionnement du transport maritime en y incluant des « phases terrestres » en s'appliquant de la prise en charge jusqu'à la livraison.

En ce qui concerne le régime de responsabilité du transporteur, la loi de 1966 pose le principe de la présomption de responsabilité du transporteur et adopte la technique des « cas exceptés » de la Convention de Bruxelles. Toutefois la preuve d'un cas excepté n'exonérera pas directement le transporteur de sa responsabilité. S'il prouve qu'un cas s'est produit et qu'il a été la cause du dommage, ce cas fera tomber la présomption.

Par contre sa responsabilité peut être engagée, malgré la présence d'un cas excepté, dans le cas où le chargeur rapporte la preuve d'une faute de celui-ci. On peut ainsi affirmer que le régime posé par la loi de 1966 est plus proche de la Convention de 1924 que de la loi de 1936 dans la mesure où le régime interne français demeure, à l'égard des transporteurs, plus sévère que le régime institué par la Convention de 1924.

144. La refonte du droit maritime français par Rodière en 1965-1966 a permis à celui-ci d'être beaucoup plus fidèle à la Convention internationale. Malgré tout, des différences subsistent entre le texte de droit interne français et le texte international (qui fait lui aussi partie de notre ordre juridique)³⁰¹.

145. Ainsi, la principale difficulté qui se pose lors de l'adoption de ces Conventions internationales c'est le risque de voir subsister une législation nationale contraire aux dispositions internationales ou, plus pernicieux encore, le risque d'adoption d'une législation nationale afin d'harmoniser les dispositions applicables au niveau interne avec celles applicables au niveau international, alors que celle-ci sera différente de la Convention.

L'introduction des Conventions internationales dans l'ordre juridique national soulève le problème de leur interprétation.

2) Les problèmes d'interprétation de ces Conventions

146. Une fois les dispositions d'origine conventionnelle insérées dans le système juridique national, elles tombent sous le coup de l'interprétation par les juridictions nationales. Le problème qui se pose alors est que, comme toute règle juridique, le droit uniforme doit être interprété au moment où il faut l'appliquer. Or, il ne faudrait pas que l'œuvre d'unification du droit réalisée par les conventions internationales soit mise en péril par des interprétations différentes des juridictions nationales chargées d'en assurer l'application. Comme le souligne le Professeur Lescot : « l'uniformité législative appelle, comme un complément nécessaire, l'uniformité d'interprétation »³⁰². En effet, si une disposition uniforme devait recevoir des applications différentes selon la nationalité du juge saisi, cette divergence de jurisprudence détruirait les efforts d'unification. Dans ce cas, on ne serait plus exposé à un conflit entre des normes nationales divergentes mais à un conflit entre des interprétations juridiques nationales des mêmes dispositions.

147. Ce danger est réel. La pratique judiciaire des Conventions internationales sur le transport maritime international de marchandises a montré d'une part, que les tribunaux nationaux ont pu en faire des interprétations qui en déforment le sens ou en modifient le contenu, et d'autre part, que bien souvent ces interprétations nationales étaient faites sans considération des juridictions étrangères ou plutôt des juridictions des autres Etats cocontractants.

³⁰¹ Pierre Bonassies, *L'unification du droit maritime et le droit français*, Il Diritto Marittimo 1999, p. 86 et s.

³⁰² Pierre Lescot, *L'interprétation judiciaire des règles du droit privé uniforme*, JCP 1963, I 1756.

Les différentes formes de divergences d'interprétations entre tribunaux nationaux seront envisagées par le biais d'exemples précis d'application de la Convention de Bruxelles de 1924 (a). Il sera ensuite exposé les solutions proposées pour la préservation par les juges nationaux des textes de droit uniforme (b).

a) L'interprétation « nationalisante » des Conventions internationales

148. Il paraît inutile d'élaborer une règle de droit uniforme qui est censée mettre fin à une divergence des solutions nationales si celles-ci sont réintroduites par l'interprétation des juges nationaux. A ce sujet, Chauveau, parlant des « mauvais génies qui rendent difficile la tâche d'unification », souligne qu'ils vont « exercer leur action sur l'application du traité, et ils trouveront un allié dans les tribunaux »³⁰³.

149. Ces divergences peuvent avoir deux causes. D'abord, la Convention internationale peut poser des problèmes dans la traduction de ses termes, de son contenu, dans l'appréhension d'une notion juridique. Les problèmes de traduction sont d'autant plus fréquents lorsque la convention « unifiante » est rédigée dans une autre langue que celle du pays qui l'adopte ou quand il n'y a pas d'équivalence entre les concepts juridiques de la convention « unifiante » et ceux du droit national.

La deuxième cause de divergence est la tendance des juristes à vouloir faire prédominer les solutions de leurs propres lois nationales et ce, sans égard pour le but unificateur de la Convention.

150. Les rédacteurs de ces Conventions internationales conscients de ces difficultés ont essayé de faciliter leur interprétation et leur application en insérant à l'article premier une définition des termes employés dans le texte³⁰⁴. Il est aussi possible de signaler que l'unification du droit a été explicitement mentionnée comme paramètre d'interprétation dans les Règles de Hambourg. Selon l'article 3 des Règles de Hambourg « dans l'interprétation et l'application de la présente Convention il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité d'en promouvoir l'uniformité ». Cette disposition n'étant pas appuyée d'un dispositif concret, elle ne constitue qu'une démarche formelle. Il semble de ce fait que les dispositifs contenus dans ces Conventions afin d'éviter d'éventuelles divergences d'interprétation soient insuffisants.

³⁰³ Paul Chauveau, *L'unification du droit maritime et le CMI*, op. cit. , p. 749.

³⁰⁴ Article premier de la Convention de Bruxelles de 1924 et des Règles de Hambourg.

151. Il existe une autre difficulté rencontrée au stade de l'application des Conventions internationales, il s'agit de la tendance des tribunaux français à faire usage de concepts ou de règles juridiques françaises pour réaliser une sorte de « forçage » des dispositions de la Convention internationale. On en trouve une illustration dans les cas exceptés prévus à l'article 4-2 de la Convention³⁰⁵ qui permettent au transporteur de s'exonérer de sa responsabilité. Les tribunaux français avaient tendance à rechercher dans les cas exceptés les caractéristiques de la force majeure³⁰⁶ alors que la Convention de Bruxelles permettait une libération beaucoup plus large du transporteur. La Cour de cassation rétablissant une juste application de la Convention de Bruxelles, application conforme à la lettre du texte international, finit par affirmer que le transporteur n'a pas à prouver que les cas exceptés dans la Convention de Bruxelles revêtent les caractères de la force majeure³⁰⁷. Dans le même ordre d'idée, dans l'appréciation de la faute inexcusable privant le transporteur du bénéfice de la limitation de responsabilité, les tribunaux français ont estimé que ce n'est pas seulement sa faute personnelle qu'il fallait considérer mais aussi celle de l'un de ses préposés (capitaine, marin, voire celle d'un préposé terrestre)³⁰⁸.

Ces exemples ne sont pas isolés. Cette tendance des tribunaux français, si elle est inexcusable, est cependant explicable par le fait que le juge français a naturellement tendance à se tourner vers ses propres lois et principes juridiques qu'il maîtrise mieux que vers des règles d'origine étrangère et parfois issues de traditions juridiques différentes de la sienne.

152. Les tribunaux français ont donc des difficultés à appliquer les Conventions

³⁰⁵ D'après l'article 4-2 de la Convention de Bruxelles modifiée : « ni le transporteur ni le navire ne seront responsables pour perte ou dommage résultant ou provenant : a) des actes de négligence ou défaut du capitaine, marin, pilote, ou des préposés du transporteur dans la navigation ou dans l'administration du navire ; b) D'un incendie, à moins qu'il ne soit causé par le fait ou la faute du transporteur ; c) Des périls, dangers ou accidents de la mer ou d'autres eaux navigables ; d) D'un acte de dieu ; e) De faits de guerre ; f) Du fait d'ennemis publics ; g) D'un arrêt ou contrainte de prince, autorités ou peuple, ou d'une autorité judiciaire ; h) D'une restriction de quarantaine ; i) D'un acte ou d'une omission du chargeur ou propriétaire des marchandises, de son agent ou représentant ; j) De grèves ou lock-out ou d'arrêts ou entraves apportés au travail, pour quelque cause que ce soit, partiellement ou complètement ; k) D'émeutes ou de troubles civils ; l) D'un sauvetage ou tentative de sauvetage de vies ou de biens en mer ; m) De la freinte en volume ou en poids ou de toute autre perte ou dommage résultant de vice caché, nature spéciale ou vice propre de la marchandise ; n) D'une insuffisance d'emballage ; o) D'une insuffisance ou imperfection des marques ; p) De vices cachés échappant à une diligence raisonnable ; q) De toute autre cause ne provenant pas du fait ou de la faute du transporteur ou du fait ou de la faute des agents ou préposés du transporteur, mais le fardeau de la preuve incombera à la personne réclamant le bénéfice de cette exception et il lui appartiendra de montrer que ni la faute personnelle, ni le fait du transporteur n'ont contribué à la perte ou au dommage ».

³⁰⁶ On la trouve à l'article 1148 du Code Civil, celle-ci pour produire des effets de droit doit réunir les caractéristiques suivantes : imprévisibilité, extériorité et irrésistibilité. En effet selon l'interprétation de l'article 27 de la loi de 1966 le transporteur ne peut s'exonérer qu'en prouvant la force majeure, le cas fortuit, la faute d'un tiers ou la faute de la victime.

³⁰⁷ Cass. Com. 20/02/1990, Bull. IV p. 34, n°51 p. 34. Dans cet arrêt la Chambre commerciale déclare que le transporteur n'a pas à prouver que les cas exceptés énumérés à l'article 4-2g de la Convention de Bruxelles tels la « contrainte du prince, de l'autorité ou du peuple » revêtent les caractères de la force majeure.

³⁰⁸ Pierre Bonassies, *l'unification du droit maritime et le droit français*, Il diritto marittimo, 1999, p. 86.

internationales. Ces difficultés sont encore renforcées par le caractère international de celles-ci : il peut y avoir autant d'interprétations jurisprudentielles ou législatives que d'Etats parties à la Convention. Ce qui vient compliquer l'application des Conventions internationales portant sur le transport maritime de marchandises, c'est qu'elles sont le fruit d'un compromis entre deux systèmes juridiques. En effet, une différenciation est faite en général entre deux systèmes juridiques distincts au sujet de l'interprétation des Conventions (c'est aussi le cas pour l'élaboration de celles-ci).

153. Il s'agit d'une part du « style français »³⁰⁹ et du « style anglais »³¹⁰. Le « style français » est un modèle de concision : une loi rédigée dans un style très clair dans laquelle les termes sont employés dans un sens très large permettant d'englober les détails. Le « style anglais » lui privilégie la précision : le but étant d'inclure tous les détails et les situations possibles afin d'informer les assujettis de la loi et de leurs droits. Les Conventions internationales en matière de transport maritime de marchandises sont une illustration d'un compromis entre ces deux styles³¹¹. D'un côté, l'article 4-2 de la Convention de Bruxelles³¹² est un parfait exemple de rédaction dans un style anglo-saxon³¹³. D'un autre côté, l'article 4-1 de la Convention de Bruxelles et l'article 5 des Règles de Hambourg sont inversement des illustrations du « style français ». Au delà de cette différence de construction entre ces deux styles, les règles d'interprétations sont aussi différentes.

154. En ce qui concerne d'abord les règles d'application des lois rédigées selon le « style français », on peut se référer aux règles générales d'interprétations dégagées par Monsieur Mazeaud³¹⁴. Tout d'abord, quand le texte est clair il sera appliqué purement et simplement. Lorsqu'un texte est obscur, il faut découvrir l'intention du législateur en se référant à l'examen de la loi. Si un tel examen ne suffit pas, il faut se référer aux travaux préparatoires. En l'absence de solution directe donnée par le texte, il doit servir de cadre, de point de départ pour le juge. Celui-ci doit baser sa décision sur des principes généraux du droit et sur la jurisprudence. Le juge doit aussi faire preuve de logique dans son interprétation, par exemple une disposition spéciale devant primer sur une autre générale.

155. S'agissant à présent des règles d'interprétations des lois rédigées sur le style « common law », il est possible de se référer aux règles classiques élaborées par Sir Courtney

³⁰⁹ Modèle du Code civil français.

³¹⁰ C'est le common law.

³¹¹ Même si ces Conventions ont été majoritairement rédigées dans le style de la common law. William Tetley, *Interpretation and construction of the Hague, Hague/Visby and Hamburg Rules*, The Journal of International Maritime Law 2004, p. 30-70.

³¹² Dans sa version originelle et telle qu'elle fut modifiée par ses deux Protocoles, cf. note infra-paginale n° 305.

³¹³ Liste de cas exceptés concernant la responsabilité du transporteur.

³¹⁴ Henri Mazeaud, *Leçons de droit civil*, 7^{ème} éd. Paris Cours de droit 1995, vol. 1, paragraphe 110.

Ilbert³¹⁵. Dans un premier temps pour interpréter un article, il sera tenu compte de la loi, ou d'une convention le raisonnement étant le même, dans sa globalité. Ensuite il sera possible de se référer à l'interprétation d'une loi sur le même sujet ou sur un sujet similaire³¹⁶. Sir Courtney Ilbert rappelle que les interprétations doivent respecter des règles générales : là encore une disposition spéciale prime sur une générale, ou des principes généraux comme la bonne foi, la présomption d'innocence... Enfin, doivent jouer une série de présomptions : présomptions que la loi ne contredit pas les principes du « common law », ne limite pas le pouvoir des cours supérieures, ne contrevient pas aux règles du droit international...

Il est de ce fait possible de constater que les méthodes d'interprétation du « common law » et du droit civil napoléonien sont différentes : celles du droit civil sont plus libérales alors que celles du « common law » sont plus restrictives.

156. Chaque pays ayant ratifié ou adopté une convention internationale est chargé de son application, celle-ci se fait par les tribunaux de chacun des Etats. La convention « unifiante » ayant été adoptée par les Etats dont les tribunaux ressortent et étant le résultat d'une pensée juridique commune, l'interprétation faite par les juges de chaque Etat signataire devrait avoir une certaine autorité vis-à-vis des juges des autres Etats signataires. Il n'en est rien. L'illustration la plus frappante est encore donnée par la Convention de Bruxelles de 1924, notamment par l'article 9 alinéas 1 et 2 qui prévoit que : « les unités de valeur dont il s'agit dans la présente Convention s'entendent valeur or. Ceux des Etats contractants dans lesquels la livre sterling n'est pas employée comme unité monétaire se réservent le droit de convertir en chiffres ronds, d'après leur système monétaire, les sommes indiquées en livres sterling dans la présente Convention. Les lois nationales peuvent réserver au débiteur la faculté de se libérer dans la monnaie nationale, d'après le cours du change au jour de l'arrivée du navire au port de déchargement de la marchandise dont il s'agit. ». La jurisprudence française estime que seule la valeur-or doit être prise en considération pour la fixation des dommages-intérêts dûs par le transporteur³¹⁷. La jurisprudence égyptienne³¹⁸ ne fait pas la même interprétation : elle considère qu'au vu des changements économiques et monétaires internationaux et de sa loi nationale³¹⁹ qui rend nulles les clauses-or, l'article 9 de la Convention de Bruxelles a cessé de pouvoir être appliqué ou, en tout cas, n'est certainement pas applicable en Egypte. Cet

³¹⁵ Sir Courtney Ilbert, *Legislative methods and forms*, H Frowde, London, 1901, 250-251.

³¹⁶ Pour le sujet de cette étude par exemple se référer aux Conventions internationales sur le transport de marchandises terrestre ou par air.

³¹⁷ Cour d'appel d'Aix-en-Provence 11/01/1955, JCP 1956, II, 9333.

³¹⁸ Attilo M. Costabel, *Gold values in carriage of goods conventions. An up to date review*. Lloyd's Maritime and commercial law quarterly, août 1979, p. 326.

³¹⁹ Loi n°45 de 1935.

exemple, même s'il garde un intérêt en ce qu'il illustre bien les difficultés que peuvent engendrer des divergences d'interprétation, n'a plus d'intérêt pratique. En effet, le Protocole du 23 février 1968 a, dans son article 4, supprimé l'article 9 de la Convention de Bruxelles de 1924, ce Protocole ayant été ratifié à la fois par l'Egypte et par la France³²⁰.

157. Un autre exemple plus actuel de difficulté quant à l'application uniforme d'une disposition de la Convention de Bruxelles de 1924 peut être trouvé s'agissant de sa définition du contrat de transport. L'article 1-b qui définit le contrat de transport fait aussi référence aux « documents similaires formant titre pour le transport des marchandises », sachant que cette rédaction résulte de la traduction française du texte anglais « documents of title, in so far as such document relates to carriage of goods by sea », qui ne semble pas correspondre exactement. Cette difficulté se reflète aujourd'hui dans les doutes quant à la vocation de la Convention de Bruxelles de 1924 à régir des contrats de transport constatés par des documents comme la lettre de transport maritime³²¹.

Cet exemple illustre bien que les interprétations faites par les tribunaux nationaux, sans se préoccuper des jurisprudences étrangères, peuvent faire éclater des règles qui avaient été voulues uniformes. Des solutions ont été proposées afin de préserver le droit uniforme des divergences d'interprétations jurisprudentielles.

b) Les solutions proposées pour la préservation par les juges nationaux des conventions « unifiantes »

158. Afin de résoudre ces divergences d'interprétation du droit privé uniforme, il a été proposé de créer un tribunal international auquel on pourrait se référer, et de lui soumettre les difficultés d'interprétation qui se produisent. Cette idée est très intéressante et permettrait d'assurer une unité d'interprétation.

L'idée avait déjà été émise en 1890 lors de la réunion de la Conférence internationale en vue de la conclusion de la Convention de Berne relative aux transports internationaux par chemin de fer. Elle fut reprise par les Etats du Benelux qui voulaient créer une cour de justice consultative appelée à interpréter le droit uniforme en cas de divergence entre les juges des divers Etats³²². Une cour de cassation supranationale chargée d'assurer l'uniformité dans

³²⁰ Le Protocole du 23 février 1968 a été ratifié le 10/07/1977 par la France et le 31/01/1983 par l'Egypte. Précisons toutefois que l'Egypte n'est plus partie à la Convention de Bruxelles puisqu'elle a ratifié les Règles de Hambourg le 23 avril 1979 (qui prévoit la dénonciation de la Convention de Bruxelles 1924/1968).

³²¹ Pour une étude plus complète sur ce document cf. infra n° 253.

³²² Ce projet fut à nouveau proposé lors de la Conférence d'Amsterdam de 1949, Georges Ripert, *Les procédés*

l'interprétation des règles du droit privé uniforme, pour autant qu'elle puisse être souhaitable et souhaitée (elle l'a pourtant été plusieurs fois, par exemple en 1962 lors de la Conférence sur l'unification du droit cambiaire), paraît difficilement concevable que ce soit pour des raisons pratiques (composition, procédure, financement) mais aussi dans son principe même : accepter la création d'une cour de cassation supranationale serait ressenti par les Etats comme une abdication de souveraineté, le pouvoir judiciaire étant traditionnellement un des trois pouvoirs régaliens de l'Etat. Cette hypothèse paraissant difficilement réalisable, il est tout de même possible d'envisager, si l'on souhaite rester dans le postulat d'une solution supranationale, la création d'un organe international justement chargé de trancher les difficultés d'interprétations causées par les conventions « unifiantes ». Cette solution rencontre, elle aussi, des obstacles. D'abord, il faudrait désigner ou créer un organisme suffisamment compétent ou reconnu pour que les Etats acceptent de solliciter son avis. Il a été proposé que la Cour internationale de Justice³²³ donne des avis consultatifs³²⁴. Cette Cour est en effet la plus ancienne et la plus généraliste des cours internationales. Diverses institutions donnent de tels avis mais il n'y a pas d'organisme unique spécialisé dans les divergences d'interprétation des conventions³²⁵. En outre, les conventions sont souvent silencieuses sur la façon de résoudre les divergences d'interprétation de leurs articles. L'autre problème de ces organismes est que ceux-ci rendent des avis, les tribunaux nationaux étant libres d'en tenir compte ou pas. Quelle est donc leur utilité si les tribunaux nationaux ne suivent pas systématiquement les avis rendus ?

159. Devant l'absence de réelle solution supranationale, il paraît souhaitable que les tribunaux des différents Etats membres soient animés d'une commune volonté d'assurer une interprétation unifiée des conventions internationales.

de l'unification internationale du droit maritime, Rivista di diritto della navigazione, 1950, p. 212.

³²³ Cette proposition se fondait sur l'article 96 de la Charte des Nations unies et sur les articles 65 à 68 du statut de la Cour internationale de Justice.

³²⁴ Une telle possibilité a été expressément aménagée dans le Protocole du 23 février 1968 modifiant la Convention de Bruxelles du 25 août 1924, l'article 8 prévoyant que « tout différend entre les parties contractantes concernant l'interprétation ou l'application de la Convention qui ne peut pas être réglé par voie de négociation, est soumis à l'arbitrage à la demande de l'une d'entre elles. Si dans les six mois qui suivent la date de la demande d'arbitrage, les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'organisation de l'arbitrage, l'une quelconque d'entre elles peut soumettre le différend à la Cour internationale de Justice, en déposant une requête conformément au statut de la Cour. ».

³²⁵ Cela rejoint l'idée de faire de la Cour Internationale de Justice une cour suprême pour toutes les juridictions internationales. Un tel projet se heurte d'abord au problème de décentralisation normative car la CIJ est une institution du système onusien, ce qui n'est pas le cas pour toutes les cours internationales. Ensuite la CIJ constitue de la « justice consentie » car les Etats doivent accepter la compétence de la juridiction ce qui est source de difficultés.

Pour cela il serait souhaitable que les tribunaux, confrontés à un terme ou à une expression équivoque, recherchent dans quel sens les rédacteurs de la Convention « unifiante » ou de la loi uniforme ont entendu l'employer.

Malheureusement même si les tribunaux appliquent ces techniques, le problème de connaissance et de communication des décisions judiciaires des différents Etats membres persisterait. Sur ce point, le Professeur Limpens propose, entre autres solutions, de diffuser au sein des Etats participants toutes les décisions judiciaires ou administratives qui ont été prises au sujet de l'application du droit³²⁶.

160. Une autre solution pourrait être envisageable : il serait possible de confier la surveillance de la mise en œuvre et de la bonne application des conventions internationales aux organisations internationales qui en sont à l'origine (CMI pour la Convention de Bruxelles et OMI pour les Règles de Hambourg). Jusqu'à présent ces organisations ont surtout un travail de conception et de promotion de ces Conventions internationales, la mise en œuvre des réglementations adoptées étant laissée aux Etats participants. Il faut toutefois citer l'initiative de l'OMI qui a mis en place depuis 1992 le « Sub-Committee on flag implementation » qui a pour fonction de favoriser l'interprétation uniforme des Conventions internationales adoptées sous l'égide de l'OMI. Le CMI, conscient de ces problèmes d'interprétations des Conventions internationales auxquelles il a participé, a mis en place une base de données publiant les arrêts des différentes jurisprudences nationales sur son site Internet officiel. Cette initiative se révèle très utile même s'il est possible de regretter que le CMI ne propose pas plutôt une solution uniforme pour chaque problème soulevé. Il faut aussi remarquer que cette base de données ne contient que les jurisprudences étatiques et non les décisions arbitrales, une telle chose étant déplorable car le recours à l'arbitrage est fréquent en droit maritime.

Réussir à assurer une interprétation uniforme des Conventions internationales ne serait pas suffisant car il faudrait encore régler les cas dans lesquels le droit conventionnel, incomplet, ne prévoirait pas de solutions à un litige donné. Cette hypothèse n'est pas seulement un cas d'école, puisque bien souvent les rédacteurs du droit uniforme ne peuvent imaginer tous les cas de conflits qui pourraient intervenir ultérieurement. Et ce d'autant plus que des évolutions techniques ou sociales non prévues ou non prévisibles peuvent en générer de nouveaux.

161. Ces instruments apparaissent de ce fait rigides et difficiles à mettre à jour. En effet, une modification de ceux-ci ne peut être accomplie que par le même processus que celui suivi

³²⁶ Jean Limpens, *Relation entre l'unification au niveau régional et l'unification au niveau universel*, op. cit. , p. 12.

initialement : il faut que tous les Etats membres ratifient les amendements nécessaires au cours d'une autre conférence diplomatique. Il en résulte un évident risque de superposition d'instruments si tous les Etats membres de l'instrument d'origine ne sont pas d'accord avec les modifications car dans cette hypothèse, ceux qui ont refusé les modifications resteront liés par l'instrument d'origine. En outre ce procédé d'amendement prend du temps. Or dans certains domaines, et en particulier le commerce international, le besoin de mise à jour des dispositions est très fort voire continu dans le temps. Il existe pourtant une solution ayant déjà été mise en œuvre³²⁷, qui permettrait de remédier à cet inconvénient. Il s'agit d'une procédure qui vise un système d'approbation tacite par les Etats contractants du protocole³²⁸. Selon ce processus, les amendements sont approuvés selon une majorité donnée au sein d'un comité. Ils sont ensuite notifiés à tous les Etats contractants qui sont censés les avoir acceptés, faute de communication d'un refus explicite. Si un certain nombre d'Etats ont fait cette communication dans un délai donné, les amendements n'entrent pas en vigueur. Dans le cas contraire, ils engagent tous les pays contractants. Une telle procédure peut toutefois poser des problèmes de légitimité puisqu'on en arrive ainsi à contraindre au plan international des Etats sans leur accord. C'est pour cette raison qu'il semble établi que cette procédure ne peut résoudre que des questions purement techniques. Ce procédé n'a jamais été utilisé dans la matière qui fait l'objet de cette étude.

A l'heure actuelle, la coopération judiciaire se limite à des contacts et échanges d'informations entre autorités judiciaires et chancelleries des Etats concernés.

162. Afin de pallier l'existence d'une hypothétique cour internationale de droit privé, il a été proposé d'avoir recours à des arbitrages ou à des avis consultatifs d'organismes techniques. Il est possible de citer à ce propos l'action de l'Institut international pour l'unification du droit privé qui s'est engagé à tenir constamment informé les gouvernements intéressés au sujet de toutes les orientations de la jurisprudence en ce qui concerne l'interprétation des lois uniformes. Il faut aussi rendre compte du rôle joué par Internet qui se révèle un instrument de diffusion des décisions étatiques ou arbitrales par le biais de la création de sites spécialisés en matière de droit maritime³²⁹ ou du rôle joué par la doctrine et des revues spécialisés comme le Droit maritime français qui publie les arrêts étatiques concernant les Conventions internationales pour l'unification du droit maritime.

³²⁷ Ce système a été adopté pour la révision des montants de limitation dans l'article 8 paragraphe 7 du Protocole de 1990 à la Convention de Athènes de 1974 sur le transport de passagers.

³²⁸ Voir sur ce point les développements de Massimiliano Rimaboschi, *Méthodes d'unification du droit maritime, contribution à l'interprétation uniforme*, Partie III, Edizioni Università di Trieste, 2005, p. 114 et s.

³²⁹ Il existe plusieurs sites comme celui du CMI (www.comitemaritime.org) mais aussi le site de Admiralty and Maritime Law Guide (www.admiraltylawguide.com).

163. Malgré tout cela des difficultés subsistent. Il serait par conséquent souhaitable, comme en fait le vœu Chauveau³³⁰, que les tribunaux adoptent une meilleure méthode d'interprétation et que celle-ci soit commune.

Pour cela, les tribunaux des différents Etats devraient respecter des principes qui s'imposent du fait que toute convention « unifiante » comporte engagement pour un Etat contractant, et donc pour les tribunaux qui en dépendent, d'assurer la justice conformément à des normes arrêtées d'un commun accord.

164. Il en résulte que le droit uniforme ne doit pas être interprété de la même façon que la loi interne. On retrouve là un postulat énoncé par certains auteurs selon lequel les conventions ne peuvent être placées sous la dépendance des diverses législations nationales, mais doivent être considérées comme une législation indépendante, un « jus gentium de la mer doué d'autonomie »³³¹, sinon on risque de voir ressurgir des conflits de législation.

Un juge confronté à des difficultés d'application ou d'interprétation d'une Convention internationale contenant des règles uniformes ne doit par conséquent pas se référer aux solutions de sa loi du for, mais doit faire prévaloir l'œuvre commune d'unification en se référant à la volonté des auteurs de la règle de droit uniforme. Ceci peut se faire, dans un premier temps, en étudiant les travaux préparatoires, même si nos tribunaux ne sont pas accoutumés à le faire. A défaut les juges doivent se référer aux principes généraux³³², à la solution dominante dans la jurisprudence ou à celle la plus conforme aux intérêts du commerce international³³³, tout en faisant prévaloir une certaine flexibilité qui permet de tendre vers un droit uniforme équitable³³⁴.

165. Un problème se pose cependant quand arrive une situation pour laquelle le droit uniforme n'a pas prévu de solutions.

En ce cas s'ouvre le vaste domaine de « la libre recherche scientifique »³³⁵. En ce domaine la jurisprudence devrait essayer de développer l'unification du droit maritime. Il est possible d'en trouver une illustration dans l'arrêt *Ever General* de la Cour de cassation portant sur le

³³⁰ Paul Chauveau, *L'unification du droit maritime et le CMI*, op. cit. , p. 750.

³³¹ Paul Chauveau, *L'unification du droit maritime et le CMI*, op. cit. , p. 750.

³³² Ces principes sont les « principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées » (« communs aux principaux systèmes juridiques du monde »), qui sont applicables aux relations inter-étatiques. Définition qui résulte en partie des articles 9 et 38 du statut de la Cour permanente de justice internationale. Georges Perrin, *Réflexions sur le rôle des principes généraux dans l'ordre juridique international*, in *Mélanges Guy Flattet*, éd Payot Lausanne, 1985, p. 512 et 514.

³³³ Louis Marquis, *L'interprétation du droit commercial international uniforme : un modèle personnifié par Marc-Antoine*, Revue Internationale de Droit Comparé, 2002, n°1, p. 105.

³³⁴ Antonio Boggiano, *The experience of latin American States*, International Uniform Law in Practice, Rome, UNIDROIT, 1988, p. 28.

³³⁵ François Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, TII (1919), LGDJ Paris, 2^{ème} éd. revue 1995, Chapitre II.

calcul de la limitation de responsabilité de l'entrepreneur de manutention. La haute juridiction a estimé sur ce point que « les mentions du connaissance constituent les éléments objectifs du calcul de la limitation légale de responsabilité du transporteur maritime et, par conséquent, de l'entrepreneur de manutention, qui ne bénéficie pas d'autre limitation, peu important que cet entrepreneur n'ait pas été informé, par un document contractuel à son égard, des mentions portées au connaissance »³³⁶. Comme l'affirme le Professeur Bonassies, cette thèse va dans la direction de « l'harmonisation de toutes les règles en matière de contrat de transport, quel que soit le responsable recherché : transporteur, entrepreneur de manutention, consignataire du navire ou de la cargaison »³³⁷. Il tempère cependant cette illustration de tentative d'harmonisation jurisprudentielle car la faute de l'entrepreneur entraînant déchéance du droit à la limitation de responsabilité est une faute intentionnelle³³⁸ alors que pour le transporteur il s'agit d'une faute inexcusable³³⁹. Le régime applicable n'est de ce fait pas uniforme.

166. Les difficultés dont il vient d'être fait état à propos des divergences d'interprétation jurisprudentielle du droit positif ne constituent pas selon Monsieur Matteucci « un phénomène d'une gravité particulière, de nature à rendre vain les buts qui sont assignés à celui-ci »³⁴⁰.

En effet, ce spécialiste du droit international privé, qui a entre autres fonctions honorables été secrétaire général de l'Institut international pour l'unification du droit, considère qu'il est normal de constater des divergences dans l'interprétation jurisprudentielle d'une même règle et que l'on retrouve de telles divergences dans l'interprétation de notre propre droit d'origine interne. Il constate enfin que le droit uniforme depuis la longue période qu'il est appliqué a bien résisté à l'épreuve de l'interprétation judiciaire. Il est aussi possible de considérer que l'œuvre interprétative des juges en matière de droit maritime permet d'en faire un « droit vivant », le juge ayant aussi la possibilité de se rapprocher des sources divergentes en tenant compte des usages, de la coutume, des standards établis par des organisations ou associations prestigieuses. En cela, la jurisprudence n'apparaît plus seulement comme ayant une fonction d'application du droit mais bien comme ayant un rôle créateur par le biais du pouvoir d'interprétation prétorien. On tiendrait ainsi compte de la pluralité des sources du droit, cette multiplicité étant particulièrement manifeste en matière de droit maritime, un droit par définition international et fondé sur le commerce.

³³⁶ Cass. Com. 09/06/1998, navire *Ever General*, Obs. de Pierre Bonassies, DMF 1998, p. 817.

³³⁷ *ibid.*, p. 819.

³³⁸ L'article 54 de la loi du 18 juin 1966 énonce que la responsabilité de l'entrepreneur de manutention ne peut « en aucun cas » dépasser les limites légales. Cette disposition ayant été entendue par la jurisprudence comme lui empêchant de se prévaloir de la limitation de responsabilité seulement en cas de faute intentionnelle. P. Bonassies, *ibid.* p. 820.

³³⁹ Cf. *infra* n° 267.

³⁴⁰ Mario Matteucci, *Introduction à l'étude systématique du droit uniforme*, op. cit. , p. 429 et 430.

167. Malgré les difficultés que peuvent poser sa création ou son adoption, l'outil conventionnel semble cependant être celui privilégié par la communauté maritime internationale afin de résoudre le problème des conflits de lois que peut occasionner un transport maritime de marchandises.

C'est en effet celui choisi il y a une centaine d'années par les nations maritimes traditionnelles, sous les auspices du CMI, afin d'assurer un degré d'uniformité requis pour un bon développement du commerce. La méthode conventionnelle fut aussi choisie par la suite pour adapter cet outil aux évolutions économiques et techniques, c'est l'adoption de protocoles modificatifs constituant eux-aussi du droit uniforme. L'outil conventionnel fut enfin plébiscité par les Etats en développement lorsque ceux-ci, sous la houlette de l'ONU, voulurent refaire le monde maritime économique et juridique, et ce notamment grâce à l'adoption des Règles de Hambourg.

La méthode conventionnelle conduit à créer des normes de niveau international qui vont nécessairement coexister avec les règles de droit national. Les règles relatives à l'application des différents textes, en particulier la différence de champs d'application, vont d'une certaine manière ruiner l'objectif d'unification du droit de la méthode conventionnelle.

Paragraphe 2 – Les obstacles à l'unification liés à la confrontation du droit conventionnel avec l'ordre juridique interne

168. En matière de transport maritime coexistent deux systèmes de normes : les normes internationales posées par les Conventions dans les domaines qu'elles régissent et les normes nationales. Les dispositions internes s'appliquant au transport de marchandises ne posent pas de problème en ce qui concerne leur cohérence et leur harmonisation. Les systèmes juridiques internes contiennent généralement une hiérarchisation des normes ou tout du moins un système de résolution d'un conflit potentiel. En revanche ces normes, œuvres d'un législateur qui vote les lois, ne sont pas adoptées avec un souci d'uniformité par rapport à la législation internationale.

Il en résulte que ces dispositions internes peuvent avoir et ont bien souvent un contenu différent des dispositions internationales (c'est notamment le cas s'agissant des dispositions françaises applicables au transport de marchandises par mer) ainsi que le souligne Chauveau « il est assez naturel que, dans la balance entre les intérêts opposés des chargeurs et des armateurs, le législateur d'un pays expéditeur et celui d'un pays de transporteurs n'établissent

pas exactement le même point d'équilibre »³⁴¹. L'articulation des dispositions internes avec les dispositions internationales sera étudiée en voyant dans quels cas on applique les dispositions de la loi française et dans quels cas on applique les dispositions des différentes conventions internationales (A).

169. Au plan international, on peut constater une « superposition-stratification » des Conventions : au premier plan figure la très célèbre Convention de Bruxelles de 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance qui a fait l'objet de deux Protocoles modificatifs. A ces trois versions de la Convention de Bruxelles qui cohabitent, il faut ajouter un autre instrument. Il s'agit de la « Convention sur le transport de marchandises par mer » ou « Règles de Hambourg » qui sont entrées en vigueur le 1^{er} novembre 1992. Le champ d'application de ces différentes Conventions doit être étudié pour voir si elles sont susceptibles d'entrer en concurrence ou si un mécanisme de cohérence existe (B).

A - L'articulation des dispositions internes et internationales applicables en matière de transport de marchandises par mer

170. Ainsi qu'il l'a déjà été souligné, dans le domaine du transport maritime de marchandises l'unification du droit n'a pas atteint son niveau idéal qui serait l'unification du droit dans cette matière par l'adoption par les Etats d'une loi uniforme applicable aussi bien dans les relations internes que dans les relations internationales.

Les grandes Conventions internationales se sont contentées d'instaurer une réglementation nouvelle et uniforme uniquement dans les relations internationales (et ne régissant que certains aspects du contrat de transport international de marchandises par mer), la législation propre à chaque pays continuant à s'appliquer à l'intérieur de ces derniers.

Afin de voir comment s'articulent les dispositions internes et celles d'origine internationale, il faut se demander si les dispositions d'origine internationale ont vocation à régir un transport interne (1) et si les dispositions internes ont vocation à régir un transport international (2).

1) La vocation des dispositions conventionnelles à régir un transport interne

³⁴¹ Paul Chauveau, *L'unification du droit maritime et le CMI*, RTD Com. 1963, p. 737.

171. Afin d'identifier ce qui constitue un transport international et ce qui constitue un transport interne, une étude sera faite du champ d'application de ces Conventions puisque celles-ci définissent cette notion et ont, en France, valeur supérieure aux dispositions internes. Cette valeur supérieure des Conventions internationales leur est donnée par l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui définit la place qu'occuperont dans la hiérarchie des normes les textes et accords internationaux, une fois ceux-ci devenus applicables dans l'ordre juridique français : « les traités ou accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

Il a donc très clairement défini la place qu'occupent les traités en droit interne. Ceux-ci sont supérieurs aux lois et inférieurs à la Constitution, ce qui est logique car ils en tirent leur autorité³⁴². Il faut en déduire que lorsqu'une convention internationale se déclare applicable, celle-ci doit primer la législation interne et a contrario que lorsque ces conventions ne se déclarent pas applicables, le droit interne retrouve naturellement vocation à s'appliquer.

172. Les engagements internationaux visés par l'article 55 sont soumis à des formalités prévues par cet article qui marque à la fois l'engagement de la République sur le plan international (ratification) et l'entrée en vigueur en droit interne³⁴³ : ces formalités sont autant de conditions nécessaires pour que ce droit international conventionnel soit applicable.

Afin d'introduire régulièrement des traités en droit interne, il faut que ceux-ci aient été régulièrement approuvés, ratifiés et publiés (publication)³⁴⁴. Ensuite, la supériorité des traités sur les lois est subordonnée à une condition de réciprocité. Le Conseil d'Etat faisant de la réserve de réciprocité la condition de la régularité de l'application du traité en droit interne³⁴⁵, cette condition figure à plusieurs endroits de la Constitution de 1958 : art. 55 C, 88-2 et 88-3 ainsi qu'à l'alinéa 15 du préambule de la Constitution de 1946³⁴⁶.

³⁴² Cette supériorité de la Constitution sur les traités a été explicitement reconnue par le Conseil d'Etat : Conseil d'Etat, Ass. , 30 octobre 1998, M. Sarran, M. Levacher et autres, AJDA, 1998, p. 1039. Elle a aussi été reconnue par la Cour de cassation : Cour de Cassation, assemblée plénière, 02 juin 2000 (arrêt Fraisse), note B. Mathieu, M. Verpeaux, D 2000, p. 865-868.

³⁴³ Publication. La publication n'est pourtant pas une condition d'applicabilité du traité, la France appliquant régulièrement des traités non publiés. Il s'agit d'une question d'opposabilité, qui empêche les tribunaux d'en imposer le respect à l'encontre de l'Etat ou des particuliers, pourtant l'Etat doit l'appliquer dès lors qu'il n'affecte pas les particuliers. La jurisprudence a ainsi affirmé que le traité non publié « bien que dépourvu d'efficacité sous le plan interne, fait déjà partie de l'ordre juridique national, ce qui permet au juge, une fois la publication réalisée, de faire parfois rétroagir ses effets au jour de l'entrée en vigueur internationale de l'instrument ». Cass. Civ. I. 16/02/1965, Bull. Civ. 1965 p. 97.

³⁴⁴ C'est ce qui résulte des articles 52, 53 et 54 de la Constitution de 1958.

³⁴⁵ Conseil d'Etat, Ass. , 29 mai 1981, Rekhou, Rec. CE, p. 220.

³⁴⁶ Louis Favoreu, Patrick Gaïa et autres... , *Droit constitutionnel*, Précis Dalloz Paris, 1998, p.189 et s.

Une fois ces conditions propres à notre législation interne satisfaites, il faut encore que la convention en question soit entrée en vigueur. Généralement, l'entrée en vigueur est subordonnée soit à l'échéance d'une date, soit plus fréquemment à l'obtention d'un nombre de ratifications nécessaires. Le tableau ci-dessous récapitule les dates d'entrée en vigueur et de promulgation par la France des Conventions internationales applicables en matière de transport maritime de marchandises.

Tableau n°1 :

Textes	Date de signature	Date d'entrée en vigueur	Date d'entrée en vigueur en France
Convention de Bruxelles de 1924	25 août 1924	2 juin 1931	25 mars 1937
Convention de Bruxelles de 1924 modifiée 1968	23 février 1968	23 juin 1977	8 juillet 1977
Convention de Bruxelles de 1924 modifiée 1968 et 1979	21 décembre 1979	14 février 1984	3 avril 1987
Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer 1978	31 mars 1978	1er novembre 1992	La France a signé le texte en 1979 et la loi n° 81-348 du 15 avril 1981 en a autorisé l'approbation, mais aucune ratification n'est encore intervenue

173. Ces conditions étant remplies, sauf pour les Règles de Hambourg, il y a en France une Convention internationale telle que modifiée par ses deux Protocoles modificatifs susceptible

de s'appliquer. Celle-ci primant la législation interne, un examen de leur champ d'application³⁴⁷ permet de résoudre le problème d'articulation des codifications nationales et des conventions d'unification.

Les Conventions ou Protocoles fixent eux-mêmes leur champ d'application³⁴⁸, la solution est donc donnée par la règle d'application territoriale.

174. En ce qui concerne d'abord la Convention de Bruxelles, celle-ci fut très largement critiquée à cause de son style surchargé et lourd qui manquait de clarté et de précision.

Une des illustrations les plus probantes de ses défauts est le débat qui a consisté à se demander si la Convention s'appliquait à tous les contrats de transport de marchandises par mer ou bien seulement à ceux ayant donné lieu à l'émission d'un connaissance ? La Convention a été interprétée comme devant s'appliquer s'il a été au moins délivré un titre similaire au connaissance, et ceci en vertu de l'article 1b de la Convention de Bruxelles de 1924³⁴⁹.

175. Le débat sur le champ d'application de la Convention fut encore plus sensible. Il s'agissait de l'article 10 de la Convention qui prévoyait qu'elle s'appliquerait « à tout connaissance émis dans un des Etats contractants ».

Une partie de la doctrine a interprété ce texte en prenant son sens simple considérant que cette condition suffisait et qu'il importait peu que l'on trouve dans le contrat des éléments de rattachement nationalement homogènes ou non. Ripert, qui avait participé aux travaux préparatoires de la Convention de 1924, n'était pas éloigné de cette solution. Cependant il était bien conscient des problèmes d'interprétation qui n'ont pas manqué de se poser à propos de l'interprétation de cet article. Devait-on considérer que cette Convention se trouvait applicable à un transport entre deux ports français, cabotage national, et entre un transporteur et un destinataire français, et ce uniquement parce que le connaissance avait été émis en France ?

Si l'on s'en réfère au Protocole de signature de la Convention, on trouve une disposition qui précise que « les hautes parties contractantes ... se réservent expressément le droit : ... 2-

³⁴⁷ On ne s'attachera pas ici au champ d'application du Protocole du 21/12/1979 puisque celui-ci ne modifie pas celui du Protocole du 23/02/1968.

³⁴⁸ Comme l'indiquent Messieurs Loussouarn et Bourel, la détermination par la Convention de son domaine d'application et notamment de la ventilation entre ce qui est du domaine interne et ce qui est du domaine international est indispensable pour ne pas courir le risque de la résurrection de la méthode conflictuelle, *Droit international privé*, op. cit., n°73, p. 58.

³⁴⁹ L'article 1-b de la Convention de 1924 dispose que le : « contrat de transport s'applique uniquement au contrat de transport constaté par un connaissance ou par tout document similaire formant titre pour le transport des marchandises par mer ; il s'applique également au connaissance ou document similaire émis en vertu d'une charte-partie à partir du moment où ce titre régit les rapports du transporteur et du porteur du connaissance. ».

d'appliquer en ce qui concerne le cabotage national l'article 6 à toutes catégories de marchandises, sans tenir compte de la restriction figurant au dernier alinéa dudit article ». L'article 6 permettant au transporteur de stipuler des clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité quand il s'agit de marchandises ou de transports spéciaux.

Les Etats, en se réservant le droit d'appliquer les exonérations et limitations de responsabilité de façon générale chaque fois qu'il s'agit de cabotage national, ont donc la possibilité d'exclure celui-ci du domaine impérativement réglé par la Convention.

Or, le cabotage national étant le transport entre deux ports du même Etat³⁵⁰, une interprétation stricte permettrait d'appliquer la Convention de Bruxelles à tous les transports sous connaissement à partir d'un Etat contractant, qu'il s'agisse de marchandises à destination de l'étranger ou de marchandises à destination d'un autre port du même Etat contractant que le port de départ³⁵¹. On en arrive à admettre que la Convention s'appliquait expressément aux situations ne présentant aucun élément d'extranéité.

Admettre une telle solution aurait conduit à réduire dans une mesure importante le champ d'application de la loi française. Ainsi si l'on prend l'exemple extrême d'un transport maritime interne dans un pays signataire (le connaissement ayant été émis dans le pays signataire), on appliquerait la Convention même si le transport est effectué entre deux ports du pays en question en vertu d'un connaissement émis dans ce pays entre un chargeur et un transporteur tous deux du même pays ! On en serait donc arrivé à supprimer la législation interne des pays signataires en matière de transport maritime de marchandises, celle-ci ne trouvant plus à s'appliquer. Pour maintenir les règles spécifiques du droit interne, Ripert voulait que l'application de la Convention de 1924 dépende de la nationalité des parties. Cette solution n'était pas fondée juridiquement. En outre, elle posait des problèmes pour les connaissements négociables car la nationalité des parties pouvait changer.

Une autre partie de la doctrine, et à la tête des contradicteurs Rodière³⁵², a considéré que cette condition ne suffisait pas, qu'un élément d'extranéité était nécessaire.

En ce qui concerne cet élément, ainsi que le souligne Rodière, il ne doit pas être recherché dans la nationalité des parties qui, en matière de transport, ne présente aucun intérêt³⁵³. En

³⁵⁰ D'après René Rodière et Emmanuel du Pontavice : « le cabotage se divise en cabotage international, quand il a lieu entre deux ports de pays différents, et cabotage national, quand il a lieu entre deux ports français », *Droit maritime*, op. cit. n°42, p. 50.

³⁵¹ Emmanuel du Pontavice, *Conventions internationales et droit interne*, ADMA 1980 T V, p. 17-85.

³⁵² René Rodière, *Traité général de droit maritime, affrètements et transports*, T II, 1968, n° 743.

³⁵³ Il est possible pourtant de trouver quelques décisions jurisprudentielles qui font de la nationalité un critère d'application de la Convention de Bruxelles. C'est par exemple le cas du jugement du Tribunal de commerce de Dunkerque du 23 juillet 1951 selon lequel la Convention de Bruxelles de 1924 est applicable si le transporteur et le chargeur sont de nationalités différentes, RCDIP, 1953, som. 839.

effet, la seule chose qui compte est l'élément territorial : ainsi un transport est international quand il y a franchissement de frontière.

Cette position³⁵⁴ a été affirmée clairement par la Cour de cassation le 20 décembre 1982³⁵⁵. Elle a considéré qu'un transport est international au sens de la Convention, s'il est effectué entre deux ports appartenant à des Etats différents, ou s'il s'agit d'un transport interne mais pour lequel un connaissement a été émis dans un pays étranger mais ayant ratifié la Convention internationale. La jurisprudence a ainsi fini par admettre que la Convention de Bruxelles ne jouait que si deux conditions étaient réunies : 1) un connaissement émis dans un Etat contractant ; 2) le transport présente un caractère international.

Une application stricte de la Convention aurait voulu que celle-ci trouve à s'appliquer dans les cas où un connaissement avait été émis dans un Etat contractant et ce quelle que soit la nationalité des parties ou le port de départ.

Comme le précise le Professeur du Pontavice : « en dehors des Belges, ce sont les Français surtout, doctrine et jurisprudence pendant longtemps confondues, c'est-à-dire oeuvrant dans la même direction, qui ont considéré qu'il fallait sous-entendre une seconde condition, outre celle de l'émission dans un Etat contractant, celle du caractère international du transport et on s'en expliquait : il s'agissait de ne pas réduire à néant le domaine propre de la législation française en matière de transport maritime »³⁵⁶. Il continue en précisant « enfin les juristes français ont été supplier le monde d'abord stupéfié de modifier l'article 10 de la Convention de 1924 pour faire triompher les vues françaises, c'est-à-dire pour faire de la Convention un texte non seulement limité aux relations internationales mais ne régissant que les relations internationales »³⁵⁷. Face à cette source d'incertitude en ce qui concernait l'articulation de la Convention de 1924 et les dispositions nationales, des pays signataires comme les Etats-Unis ou l'Espagne ont fait savoir lorsqu'ils ont ratifié la Convention, qu'ils l'interprétaient comme excluant de son champ d'application les transports purement nationaux³⁵⁸.

176. Il est possible de déduire de ces éléments que dans sa formulation originale, la Convention de Bruxelles de 1924 avait pour très ambitieux objectif d'unifier le droit international du transport de marchandises par mer et de remplacer les différentes législations nationales. Elle aurait constitué une « loi uniforme » au sens que lui donne Monsieur Lagarde,

³⁵⁴ Cour d'appel de Rouen, 2ème Chbre Civ., 29 février 1972, D 1973, J 87 obs. René Rodière.

³⁵⁵ Cass. Com. , 20 décembre 1982, DMF 1983, p. 526.

³⁵⁶ Emmanuel du Pontavice, *conventions internationales et droit interne (les conventions internationales en matière de transport maritime ou aérien étendent-elles leur objet aux relations internes ou ne gouvernent-elles que les relations internationales ?)*, ADMA, Tome V 1980, p. 37.

³⁵⁷ Ibid. p. 38.

³⁵⁸ A l'inverse la loi portugaise a considéré que ce texte couvrait même les transports entre ports d'un même Etat. Pierre Bonassies et Christian Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ Paris, 2006, n° 900, p. 578.

c'est à dire des « lois qui ont pour objet à la fois les relations internes et les relations internationales »³⁵⁹ (pourtant le fait que les lois uniformes s'appliquent sans la nécessité d'un rattachement aux Etats contractants aurait pu s'opposer à ce qu'on reconnaisse cette qualification à la Convention de Bruxelles qui nécessite un tel rattachement).

Les réactions de la doctrine et des tribunaux français ont déjà été étudiées. Ils ont dégagé des critères d'application limitatifs afin de cantonner les règles dégagées par la Convention au niveau international, et ce au profit de la loi interne française.

177. Au niveau international, afin de mettre fin à cette source d'incertitude, la Conférence diplomatique de 1968³⁶⁰ a réformé, à la demande de Rodière, l'article 10 de la Convention de Bruxelles de 1924 en le remplaçant par l'article 5 qui prévoit que : « les dispositions de la présente Convention s'appliqueront à tout connaissance relatif à un transport de marchandises entre ports relevant de deux Etats différents, quand :

- a) le connaissance est émis dans un Etat contractant, ou
- b) le transport a lieu au départ d'un port d'un Etat contractant, ou
- c) le connaissance prévoit que les dispositions de la présente Convention ou de toute autre législation les appliquant ou leur donnant effet régiront le contrat, quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, du chargeur, du destinataire ou de toute autre personne intéressée. »

Ainsi la mention du « transport de marchandises entre ports relevant de deux Etats différents » permet d'éliminer toute incertitude. Il faut un élément d'extranéité pour que la Convention s'applique et celui-ci est clairement identifié, par là même il s'agit d'une confirmation que le critère qui apparaît le plus opérant en matière de transport est celui géographique. Se trouve ainsi évacué le critère de la nationalité. Il en résulte que la nationalité commune des parties est un élément qui n'importe pas.

178. Cette volonté française de réduire le champ d'application de la Convention de 1924 au profit de celui de la loi interne est assez surprenante. La France aurait pu à l'époque donner son impulsion afin que l'outil international prenne toute sa valeur et devienne une véritable loi uniforme ayant vocation à unifier complètement la loi des pays signataires aussi bien dans les relations internes que dans les relations internationales. Ce remplacement, en France, du droit

³⁵⁹ Paul Lagarde, *Le champ d'application dans l'espace des règles uniformes de droit privé matériel*, in études de droit contemporain de l'Université de Paris, T 33, p. 149 et s.

³⁶⁰ Protocole du 23 février 1968.

interne par une législation uniforme nouvelle³⁶¹ se serait d'autant plus justifié à l'époque que notre législation interne était ancienne et avait besoin d'une réforme³⁶².

On peut se demander si cette position française n'était pas motivée, outre la volonté de maintenir au droit maritime français une certaine originalité, par le fait que dans un transport international on ne sait jamais où et comment se produira le sinistre et quelle juridiction sera saisie. Il y a alors une source d'incertitude juridique. Il est de ce fait nécessaire qu'il y ait un droit uniforme international. Cela n'est pas le cas dans un transport interne pour lequel il n'y a pas les mêmes incertitudes. La loi nationale étant naturellement compétente, il n'est pas nécessaire de lui substituer d'autres dispositions.

179. De façon générale, s'agissant des Conventions internationales applicables en matière de transport de marchandises par mer, on peut dire que celles-ci délimitent leur champ d'application en le restreignant aux transports internationaux. Elles fournissent des normes de droit matériel applicables à des situations internationales et non à des situations purement nationales.

Ces Conventions s'appliqueront du moment que le transport est international du point de vue géographique. En revanche, celles-ci disposent explicitement ou implicitement que ce caractère international ne dépend pas de la nationalité des parties. Il en résulte que les parties peuvent être de la même nationalité, les Conventions s'appliqueront dès lors que le transport est international du point de vue géographique. Inversement, la nationalité différente des parties ne suffit pas pour que les Conventions s'appliquent, dès lors que le transport n'est pas international géographiquement.

Les dispositions internationales n'ont pas vocation à s'appliquer à un transport géographiquement interne. Qu'en est-il des dispositions internes ? Ont-elles vocation à régir un transport international ?

2) La vocation des dispositions internes à régir un transport international

180. Le législateur français, conscient du fait que lorsque la Convention de Bruxelles et ses Protocoles se déclarent applicables ils doivent primer par rapport au droit interne, a introduit

³⁶¹ Ce fut ce que la Belgique choisit de faire à l'époque : elle introduisit, après l'avoir ratifiée, les dispositions de fond de la Convention de Bruxelles dans une loi Belge : l'article 91 du Code de Commerce Belge.

³⁶² Les textes en vigueur à l'époque étaient dans le livre II du Code de Commerce dont le contenu provenait principalement de la Grande Ordonnance de la Marine de 1681.

dans sa législation interne applicable au transport maritime de marchandises³⁶³, une disposition permettant de clarifier la délimitation du champ d'application de la législation nationale par rapport à celui des Conventions « unifiantes ». L'article 16 de la loi du 18 juin 1966³⁶⁴ sur le transport maritime déclare cette loi applicable exclusivement aux transports qui ne sont pas soumis à une Convention internationale à laquelle la France est partie et en tout cas aux opérations de transport qui sont hors du champ d'application d'une telle Convention.

Cette disposition imitée du Harter Act et d'une loi Belge identique, même si elle semble inutile en apparence car la hiérarchie des normes permettait de régler un éventuel conflit d'application, a une réelle importance. En effet, elle conduit à déclarer la loi française impérativement applicable à des transports internes ou internationaux au départ ou à destination d'un port français, à chaque fois que la Convention de Bruxelles de 1924 les rejette de son champ d'application. Ainsi la loi du 18 juin 1966 ne se restreint pas au droit interne français mais a vocation à s'appliquer à de très nombreux transports internationaux³⁶⁵.

Le Professeur du Pontavice donne l'exemple d'un transport international effectué au départ ou à destination d'un port français qui sera soumis à la loi interne française lorsque le transporteur refusera de remettre au chargeur un connaissement et lui imposera une lettre de transport maritime³⁶⁶. En effet, ce transport n'entre pas dans le champ d'application de la Convention de 1924 modifiée par ses deux Protocoles.

Il en résulte que les dispositions du contrat ne s'appliqueront et ne seront valables que si elles n'améliorent pas la situation juridique du transporteur par rapport aux dispositions de la loi de 1966. La loi française de 1966 est une loi d'application directe. Elle s'appliquera au titre de loi de police ou de loi de sûreté, c'est-à-dire sans rechercher si le droit français est désigné par la règle de conflit.

181. On peut ainsi relever une exception du droit maritime français aux règles classiques du droit international privé. En principe, un juge saisi d'un litige relatif à un transport

³⁶³ Sans être exhaustif, les dispositions internes sur les contrats de transport maritime et les contrats d'affrètement sont : la loi n° 66-240 du 18 juin 1966, modifiée par celle n° 86-1292 du 23 décembre 1986, et le décret n° 66-1078 du 31 décembre 1966 modifié par celui n° 86-1065 du 24 septembre 1986. Pour un état plus complet de la législation, cf. : Antoine Vialard, *Droit maritime*, PUF 1997, n° 430.

³⁶⁴ « Le présent titre est applicable aux transports, effectués au départ ou à destination d'un port français, qui ne sont pas soumis à une convention internationale à laquelle la France est partie, et en tout cas aux opérations de transport qui sont hors du champ d'application d'une telle convention... », article 16 de la loi du 18/06/1966.

³⁶⁵ René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, Précis Dalloz 12ème éd., 1997, n°391.

³⁶⁶ La lettre de transport maritime est un document de transport de marchandises par mer, la Convention de 1924 et le Protocole de 1968 qui l'a modifiée, ne s'appliquant qu'au connaissement et aux autres documents constituant des titres représentatifs de la marchandise, c'est donc la loi de 1966 compétente pour tous les transports maritimes sans connaissement au départ ou à destination d'un port français qui aura vocation à régir ce transport. Il convient juste de préciser que lors d'un transport international constaté par une lettre de transport maritime, lorsque celui-ci ne fait l'objet d'aucune application directe d'une loi étrangère, on peut lui appliquer les Règles uniformes du Comité Maritime International de 1990 (RU-CMI 1990).

international non régi par une convention ratifiée ou approuvée par la France devrait rechercher la loi d'autonomie du contrat, c'est-à-dire la loi à laquelle les parties avaient entendu se référer. Pourtant, dans un tel cas, notre loi de 1966, adoptant une démarche résolument nationaliste, pose de façon unilatérale un cas de compétence des dispositions internes françaises.

182. Il est en outre nécessaire de relever une tendance de la jurisprudence française à une « application plus fréquente, et assez discutable, de la loi française de 1966 à des transports internationaux, sans se soucier des conventions internationales et des règles de conflit de lois »³⁶⁷. Il en est ainsi dans un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes³⁶⁸ (Cour d'appel de renvoi) qui a appliqué la loi française de 1966 à un transport maritime entre la France et le Maroc. Le commentateur de cet arrêt remarquant « on applique tout de go la loi française (le Maroc n'étant partie à aucune Convention internationale), sans doute en raison de son article 16, sans penser à la Convention de Rome »³⁶⁹. Il est possible de trouver une illustration encore plus concluante de cette tendance : il s'agit d'un arrêt de la Cour d'appel de Versailles³⁷⁰. Dans cette espèce, les juges ont appliqué la loi française de 1966 à un transport entre Hong Kong et le Havre en « considérant qu'il s'agit d'un transport maritime international dont n'est pas précisé le lieu d'établissement du connaissement, et qui est intervenu au départ de Hong Kong, région administrative de Chine depuis le 1^{er} juillet 1997, laquelle, contrairement à la France, n'est pas signataire de la Convention signée à Bruxelles le 25 août 1924 et des protocoles de 1968 et 1979 : Considérant que ce pays n'est pas davantage signataire de la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer, dite de Hambourg, adoptée le 31 mars 1978 ; Considérant que le litige a été introduit devant une juridiction française ; Qu'il s'ensuit que, par application des dispositions de l'article 16, alinéa 1^{er}, de la loi du 18 juin 1966, ce transport est régi par la loi française ». Et ce alors que la République de Chine a fait savoir au Gouvernement belge (Etat dépositaire de l'instrument de ratification) que « la région » restait liée par la Convention de Bruxelles. Hong Kong est donc considéré comme adhérent de la Convention de Bruxelles dans sa version modifiée depuis le 1^{er} juillet 1997 (sous la rubrique République populaire de Chine), date de son rattachement. La Cour d'appel de Versailles aurait donc dû appliquer cette Convention car le transport a eu lieu au départ d'un port d'un Etat contractant (article 10 c).

³⁶⁷ Isabelle Corbier, *Montego Bay et pratiques nationales déviantes*, DMF 2006, n° 676, p. 938 et 939.

³⁶⁸ CA Nîmes, Chbres réunies, 30/10/2003.

³⁶⁹ BTL 2004, n° 3037, p. 393.

³⁷⁰ CA Versailles, 12^{ème} Chbre, 09/10/2003, BTL 2004, n°3019, p. 74 et 75.

183. La question de l'articulation entre les dispositions internes et internationales applicables en matière de transport de marchandises par mer étant réglée, il faut néanmoins préciser de façon terminologique qu'une convention approuvée et ratifiée par la France, et qui satisfait aux exigences de la Constitution de 1958, fait partie de l'ordre juridique interne.

Par conséquent, il ne faut pas parler de la coexistence en France de dispositions de droit interne et de dispositions matérielles internationales puisque ces dernières, bien qu'issues de conventions internationales, sont intégrées dans l'ordre juridique interne.

Le Professeur Mayer explique dans ce sens qu'aucune des conventions internationales ayant pour objet une unification du droit privé n'appartient à l'ordre international : « certes, l'instrument d'adoption des règles est international, et il crée une obligation internationale à la charge de chacun des Etats parties : celle d'adopter et d'appliquer les règles sur le contenu desquelles ils se sont mis d'accord. Mais les règles elles-mêmes ne sont pas des normes de droit international public. Elles ne figurent dans la convention qu'en tant que modèles pour les règles de droit interne qui seront adoptées ; parfois automatiquement, du seul fait de la ratification ; par chacun des Etats parties... »³⁷¹.

184. Ainsi, il ne semble pas y avoir de problèmes d'articulation entre les dispositions internationales applicables en matière de transport maritime de marchandises et celles internes.

A ce propos, le Professeur Lagarde déclare : « le propre des conventions « unifiantes » étant de faire coexister une législation uniforme conventionnelle et une législation nationale, le grand problème est de délimiter le champ d'application de la première par rapport à la seconde. On verra que la solution est normalement donnée par les règles d'applications territoriale fixées par la convention elle-même »³⁷². D'ailleurs les conventions acceptées par les Etats, se superposent au droit interne, le complètent, mais l'appellent aussi en retour.

En effet, lorsqu'il existe un contentieux à propos de leur articulation avec les dispositions internes, même si celui-ci doit être régi par des règles conventionnelles, il relève des tribunaux nationaux de droit commun, il n'a pas été créé dans le domaine du transport de marchandises par mer de juridiction spéciale³⁷³.

³⁷¹ Pierre Mayer, *L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé* in *l'internationalisation du droit*, mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn, Dalloz Paris, 1994, 416 p.

³⁷² Paul Lagarde, *Le champ d'application dans l'espace des règles uniformes de droit privé matériel*, op. cit. , p. 150-15.

³⁷³ Serge Sur, *Droit international des transports : principes et règles*, in colloque du Mans de la Société Française pour le Droit International : *Aspects actuels du droit international des transports*, 22-24 mai 1980, Pédone 1981, p. 101-146.

185. La question qui demeure posée au sujet de ces Conventions applicables au transport maritime international de marchandises, et ce, qu'elles aient été ou non intégrées à un ordre juridique interne, est celle de leur coexistence. Celles-ci semblent se superposer en régissant des situations identiques.

B - L'articulation entre les normes faisant partie de l'ordre juridique interne et les Conventions internationales non-ratifiées ou non-approuvées

186. Si le cas de coexistence entre normes internes et normes d'origine internationale au sein d'un même ordre juridique ne pose pas de problème, il n'en est pas de même en cas de concours entre des dispositions internationales étrangères et des normes de l'ordre juridique interne (1). Il s'agit de façon générale de savoir si une Convention maritime non-ratifiée ou non-approuvée par la France peut avoir vocation à s'y appliquer (2).

1) La possibilité d'un concours entre des dispositions internationales et les normes de l'ordre juridique interne

187. Une constatation évidente s'impose : pour que des textes faisant partie de l'ordre juridique interne et des textes internationaux entrent en conflit, il faut que ceux-ci aient la même valeur normative, qu'ils aient un champ d'application identique ou tout au moins vocation à régir une même situation de fait.

188. En ce qui concerne d'abord la valeur hiérarchique des Conventions internationales auxquelles la France est partie, leur ratification ou adoption confère la même valeur juridique à celles-ci. La majorité de la doctrine internationaliste considère en effet que les dispositions conventionnelles sont présumées être de nature équivalente³⁷⁴. Madame Brière a proposé d'imposer une hiérarchie des normes conventionnelles. Elle donne l'exemple des conventions portant protection des droits de l'homme³⁷⁵. Son exemple se comprend bien. Mais ici les Conventions en cause ont le même objet, il n'est dès lors pas possible d'établir une hiérarchie entre celles-ci.

³⁷⁴ Ferenc Majoros, *Les conventions internationales en matière de droit privé, abrégé théorique et traité pratique*, T. II, Partie I, p. 49 et p. 406.

³⁷⁵ Carine Brière, *Les conflits de conventions internationales de droit privé*, op. cit. , n° 381 et s.

En revanche, la hiérarchie des normes permet de résoudre les conflits qui pourraient exister entre une Convention et une coutume internationale, des principes généraux ou une loi interne (même postérieure)³⁷⁶, les conflits se résolvant au profit de l'application des Conventions.

189. L'étude des ratifications françaises permet de mettre en lumière un problème : la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer de 1978 est entrée en vigueur mais n'a toujours pas été ratifiée ou approuvée par la France qui pourtant avait signé le texte en 1979 et en avait autorisé l'approbation par la loi n° 81-348 du 15 avril 1981³⁷⁷. Par conséquent, celle-ci n'ayant pas été ratifiée par la France, peut-elle trouver application en droit français ? La réponse à cette question est importante car si celle-ci est inapplicable en France, il ne devrait pas y avoir de cas de conflit entre cette Convention et toute autre disposition d'origine interne ou internationale de notre droit.

Les Règles de Hambourg n'ont pas rencontré un franc succès sur le plan international. Elles ne sont guère prisées par les pays d'Orient et d'Occident : sur trente et un³⁷⁸ Etats contractants³⁷⁹, vingt et un sont Africains³⁸⁰, quatre d'Europe de l'Est³⁸¹, et un seul d'Europe de l'Ouest³⁸², outre la Barbade, le Chili, le Paraguay (les Règles de Hambourg sont entrées en vigueur le 1^{er} août 2006 pour le Paraguay), Sierra Leone, Saint Vincent et les Grenadines et le Liban³⁸³. Pour Monsieur Putzeys : « ce n'est pas grand chose sur le plan maritime »³⁸⁴. Cette affirmation doit être nuancée puisque cette Convention s'applique et continue à être adoptée par des Etats. Il en résulte que les tribunaux français peuvent avoir à se poser la question de l'application ou non de ces Règles que ce soit parce que les parties ont choisi une loi étatique dans laquelle elles sont intégrées, ou encore parce que le transport comporte un événement qui implique un pays ayant ratifié les Règles de Hambourg³⁸⁵.

A la différence des autres Conventions internationales applicables au transport de marchandises auxquelles la France est partie, celle-ci ne s'applique pas impérativement car la

³⁷⁶ Guillaume Tarin, *Les conflits de conventions internationales en droit du transport de marchandises par mer*, mémoire pour le DESS de droit des transports maritimes, Aix-Marseille, 1999-2000, p. 10 et s.

³⁷⁷ JO du 16 avril 1981, p. 1074.

³⁷⁸ Au 20 avril 2007. Ils seront bientôt trente-deux car l'Albanie a adhéré aux Règles de Hambourg le 20 juillet 2006 et elles entreront en vigueur dans cet Etat le 1^{er} août 2007.

³⁷⁹ www.uncitral.org

³⁸⁰ Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cameroun, Egypte, Gambie, Guinée, Kenya, Lesotho, Libéria (les Règles de Hambourg sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2006 pour le Libéria), Malawi, Maroc, Nigeria, Ouganda, Sénégal, Tanzanie, Tunisie, Zambie, Burundi, Jordanie et République arabe Syrienne.

³⁸¹ Géorgie, Hongrie, Roumanie, Tchéquie et l'Albanie à partir du 1^{er} août 2007.

³⁸² Autriche.

³⁸³ Pierre-Yves Nicolas, *Les règles de Hambourg devant les tribunaux français*, DMF 1998, p. 547-567.

³⁸⁴ Jacques Putzeys, *Droit des transports et droit maritime. En vigueur en Belgique au 1er Janvier 1993*, Bruylant Bruxelles, p. 18.

³⁸⁵ L'article 2 paragraphe 1 et 2 des Règles de Hambourg prévoit le champ d'application de cette Convention. Cf .infra n° 193.

France ne s'y est pas engagée à l'égard des autres Etats contractants. Elle n'a pas été intégrée dans l'ordre juridique interne.

190. Pourtant cette Convention peut entrer en conflit avec une autre Convention internationale ratifiée par la France, mais aussi avec la loi interne française.

191. En cas de conflit entre deux conventions d'origine internationale dont une a été intégrée dans l'ordre juridique interne et l'autre seulement dans une législation étrangère, le juge français est tenu d'évincer la règle étrangère au profit de la règle du for : le droit matériel d'origine internationale qui a été intégré par une ratification ou une approbation dans l'ordre juridique interne³⁸⁶.

En effet, la Convention internationale régulièrement ratifiée ou approuvée par la France s'impose au juge français qui doit l'appliquer en vertu de l'article 55 de la Constitution de 1958, et ce que ce soit dans un rapport avec un autre Etat signataire ou même avec un Etat tiers.

192. Qu'en est-il maintenant des conflits entre loi interne et les Règles de Hambourg ?

Si les Règles de Hambourg entrent directement en conflit avec la législation maritime française, dans ce cas, ainsi que le soulignent Rodière et le Professeur du Pontavice³⁸⁷, le champ d'application de la loi n°66-420 du 18 juin 1966 sur le transport de marchandises règle une partie des problèmes. Selon les articles 16 et 17 de cette loi, la loi française applicable au transporteur (en l'absence de charte-partie) et aux tiers porteurs des connaissements en exécution d'une charte-partie³⁸⁸, a vocation à régir les transports effectués au départ ou à destination d'un port français, qui ne sont pas soumis à une convention internationale à laquelle la France est partie³⁸⁹.

Ces dispositions françaises montrent la conscience qu'a le législateur du problème de l'articulation de la législation nationale et de la législation uniforme conventionnelle intégrée. La règle dégagée pour résoudre cette difficulté est classique : il appartient de consulter les règles d'application de la Convention elle-même et si elle se déclare applicable, elle doit primer la législation d'origine nationale.

Cependant, ces règles permettent aussi de régler le problème de l'articulation des Règles de Hambourg et de la législation maritime française. S'agissant d'un transport au départ ou à

³⁸⁶ Pierre-Yves Nicolas, *Les Règles de Hambourg devant les tribunaux français*, op. cit., p. 560-561.

³⁸⁷ René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, 12^{ème} éd., 1997, Dalloz Paris, p. 389-390.

³⁸⁸ « Les dispositions du présent titre s'appliquent : 1 Entre tous les intéressés au transport, en l'absence de charte-partie ; 2 Dans les rapports du transporteur et des tiers porteurs, aux connaissements émis en exécution d'une charte-partie. Article 17 de la loi du 18 juin 1966.

³⁸⁹ « Le présent titre est applicable aux transports, effectués au départ ou à destination d'un port français, qui ne sont pas soumis à une convention internationale à laquelle la France est partie, et en tout cas aux opérations qui sont hors du champ d'application d'une telle convention ». Article 16 alinéa 1.

destination d'un port français, le juge français ne peut le soumettre à une législation étrangère, ni aux Règles de Hambourg susceptibles d'en faire partie.

193. Les Règles de Hambourg déterminent dans leur article 2 que : « 1) Les dispositions de la présente Convention s'appliquent à tous les contrats de transport par mer entre deux Etats différents lorsque... ». Cette Convention s'applique ainsi aux relations internationales, elle n'a pas vocation à régir un transport interne. Elles peuvent en revanche s'appliquer à un transport effectué au départ ou à destination d'un port français. D'abord si ces Règles ont été choisies par les parties³⁹⁰ en vertu d'une possibilité offerte soit par la loi française soit par une des Conventions internationales ratifiée ou approuvée par la France. Ensuite, en cas d'arbitrage, car les arbitres ne sont pas tenus d'appliquer les règles de conflit en vigueur dans le pays du siège de l'arbitrage, ils peuvent même appliquer les règles qui leur semblent les plus appropriées, voire déterminer directement la règle de droit matériel applicable³⁹¹.

Malgré cela un problème persiste s'agissant des Règles de Hambourg : leur champ d'application énonce³⁹² que :

« 1) Les dispositions de la présente Convention s'appliquent à tous les contrats de transport par mer entre deux Etats différents lorsque :

- a) le port de déchargement prévu dans le contrat de transport par mer est situé dans un Etat contractant, ou
- b) le port de déchargement prévu dans le contrat de transport par mer est situé dans un Etat contractant, ou
- c) si l'un des ports à option de déchargement prévus dans le contrat de transport par mer est le port de déchargement effectif et que ce port est situé dans un Etat contractant, ou
- d) le connaissement ou tout autre document faisant preuve du contrat de transport par mer est émis dans un Etat contractant, ou
- e) le connaissement ou tout autre document faisant preuve du contrat de transport par mer prévoit que les dispositions de la présente Convention ou celles d'une législation nationale leur donnant effet régiront le contrat.

2) Les dispositions de la présente Convention s'appliquent quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, du transporteur substitué, du chargeur, du destinataire ou de tout autre personne intéressée. »

³⁹⁰ Elles ont alors la valeur de simples stipulations contractuelles.

³⁹¹ Et ce en vertu de l'article 1496 du Nouveau Code de Procédure Civile : « l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées. ».

³⁹² Article 2 des Règles de Hambourg.

On peut dès lors se demander si un transport qui satisferait aux conditions d'application de cette Convention et à la condition qu'il ne s'effectue ni au départ ni à l'arrivée d'un port français, pourrait, si le litige est jugé devant un tribunal français, voir son application décidée par un juge français ?

194. Cette question pose celle de l'applicabilité directe des conventions internationales. Il est en effet possible de se demander si un transport maritime de marchandises qui rentrerait dans le domaine d'application d'une convention internationale et qui satisferait aux conditions d'application du texte pourrait être régi directement par celle-ci sans que soient mises en oeuvre au préalable les règles de droit international privé du juge saisi ?

2) Le problème de l'applicabilité des Conventions maritimes non-ratifiées ou non-approuvées

195. Le problème posé par les Règles de Hambourg est, de façon générale, celui posé par une convention internationale non-ratifiée ou non-approuvée par un Etat. Celle-ci peut-elle trouver directement application dans cet Etat quand le rapport en cause entre dans les conditions de mise en oeuvre qu'elle prévoit ou faut-il mettre en oeuvre au préalable la règle de conflit du juge saisi ?

196. Le problème de l'application directe peut déjà être réglé par la force obligatoire et la hiérarchie dans l'ordre juridique en cause de la convention maritime³⁹³. Pour les hypothèses non-réglées, se posera le problème de l'application directe des Conventions maritimes.

Les Règles de Hambourg n'ayant pas été ratifiées par la France, celles-ci n'ont pas valeur obligatoire pour ses tribunaux.

Il faut donc préciser que ce problème de l'application directe des Règles de Hambourg en France ne pourra intervenir que si, ni une des Conventions internationales ratifiées par la France³⁹⁴, ni la loi de police d'application immédiate que la doctrine dominante s'accorde à identifier dans les dispositions de l'article 16 alinéa 1 de la loi du 18 juin 1966, n'ont vocation à s'appliquer. En effet, les Règles de Hambourg n'ayant été ni ratifiées ni intégrées en France, il est logique qu'elles s'effacent devant une loi strictement impérative comme l'est celle de 1966 et a fortiori devant la Convention de Bruxelles de 1924 dans ses différentes versions, celle-ci ayant valeur supra-législative et infra-constitutionnelle³⁹⁵.

³⁹³ Jean-Louis Bergel, *Méthodes de coordination des textes et droit des transports*, Scapel 1994, n°1 (numéro spécial), p. 13 et s.

³⁹⁴ Convention de Bruxelles de 1924 dans ses différentes versions.

³⁹⁵ Article 55 de la Constitution de 1958.

197. Cette question de hiérarchie des normes étant réglée, reste à vérifier si les Règles de Hambourg ont une valeur impérative ou supplétive ?

L'intérêt de la distinction d'un texte de nature impérative ou de nature supplétive réside dans le fait que si celui-ci n'offre qu'un modèle, il est possible de l'écarter en adoptant des dispositions différentes, alors le juge saisi ne sera pas tenu de le mettre en oeuvre. En ce qui concerne les Règles de Hambourg, l'article 2 sur son champ d'application précise que « les dispositions de la présente Convention s'appliquent à tous les contrats de transport par mer entre deux Etats différents... ». Ce texte s'impose ainsi de manière absolue.

198. Il y a des hypothèses dans lesquelles un litige relatif à un transport maritime de marchandises peut arriver à la connaissance d'un juge français alors que le transport en question entre dans le champ d'application des Règles de Hambourg. S'agissant, par un exemple, d'un transport entre le Maroc et l'Espagne dont le juge français a connaissance parce que celui-ci a été effectué par un transporteur français³⁹⁶. Le Maroc a ratifié les Règles de Hambourg³⁹⁷. Celles-ci s'appliquent aux contrats de transport par mer entre deux Etats différents, lorsque le port de chargement prévu dans le contrat de transport par mer est situé dans un Etat contractant (art. 2-1-a). Les Règles de Hambourg ont par conséquent vocation à s'appliquer. Il en résulte de potentiels cas de concurrence entre les différentes Conventions applicables en matière de transport international de marchandises par mer.

Le recensement des différentes normes qui peuvent trouver application en matière de transport international de marchandises ayant été vu, et le problème de leur articulation ayant été posé, il conviendra maintenant de se pencher de façon plus précise sur les hypothèses de concours entre les Conventions internationales qui peuvent intervenir en matière de transport maritime international de marchandises, puis de mettre en valeur l'importance des enjeux en cause en étudiant les principales différences entre ces normes.

³⁹⁶ Le connaissement ne contenant pas de clauses sur les dispositions applicables au contrat. Le connaissement n'avait pas non plus été émis en Espagne (auquel cas, l'Espagne ayant ratifié la Convention de 1924 le 02 juin 1930 et le Protocole du 21 décembre 1979 la modifiant le 06 janvier 1982, se serait posé alors un problème d'articulation entre Conventions internationales).

³⁹⁷ Le 12 mars 1981.

Section II – La superposition des Conventions, écueil à l'unification du droit

199. La superposition des Conventions applicables au droit du transport international de marchandises par mer constitue-t-elle un écueil à l'unification de cette matière ?

Afin de répondre à cette question, il va falloir se demander si les Conventions applicables au transport international de marchandises par mer peuvent entrer en conflit ? D'après Monsieur Rigaux, « le conflit de conventions implique que plusieurs traités ayant à la fois le même domaine matériel et la même applicabilité dans l'espace contiennent des normes primaires de droit international privé inconciliables »³⁹⁸. Ce n'est qu'après avoir vérifié que ces différentes conditions sont réunies qu'il sera possible de parler de conflit entre les Conventions.

Les différentes hypothèses dans lesquelles les Conventions peuvent entrer en concurrence doivent être identifiées (paragraphe 1) avant d'étudier les enjeux de ces hypothèses de concurrence d'application (les divergences entre les dispositions qu'elles contiennent) (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'identification des différentes hypothèses de concurrence des textes applicables

200. Les textes applicables en matière de transport international de marchandises par mer peuvent entrer en concurrence à condition qu'ils aient la même applicabilité dans l'espace (A) et le même domaine matériel (B)³⁹⁹.

A – L'applicabilité dans l'espace des Conventions portant sur le transport international de marchandises par mer

201. Une possible concurrence des textes dans l'espace va à la fois dépendre des Etats ayant ratifié ou approuvé les Conventions (1) et des Conventions elles-mêmes (2).

³⁹⁸ François Rigaux, *Droit international privé*, Larcier, Bruxelles, t. 1, *Théorie générale*, 2^{ème} éd. , 1987, p. 235.

³⁹⁹ François Rigaux, *Droit international privé*, Larcier, Bruxelles, t. I, *Théorie générale*, 2^{ème} éd. 1987, p. 235.

1) La convention s'applique dans les Etats contractants

202. Les Conventions internationales ont naturellement vocation à s'appliquer sur le territoire des Etats contractants. Il peut en résulter différents problèmes d'application qui ne seront pas traités ici (application de la Convention dans des territoires à statut particulier de l'Etat).

Les différentes Conventions internationales susceptibles de s'appliquer en matière de transport de marchandises par mer sont : la Convention de Bruxelles du 25 août 1924, cette Convention modifiée par le Protocole de Visby du 23 février 1968, cette même Convention dans sa version modifiée par les Protocoles du 23 février 1968 et celui du 21 décembre 1979, et les Règles de Hambourg du 30 mars 1978.

Un Etat pouvant adhérer à une (a) ou plusieurs (b) de ces Conventions, il faudra envisager ces hypothèses qui sont bien sûr autant de possibilités d'application de celles-ci.

a) Etat ayant ratifié ou adhéré à une seule de ces Conventions

203. De façon très logique, il existe quatre hypothèses possibles. Il conviendra d'étudier chaque possibilité en reprenant pour chaque Convention les conditions que celle-ci pose pour y adhérer ou la ratifier.

204. Il faut d'abord préciser la différence entre la procédure internationale de ratification et celle d'adhésion.

La Convention de Vienne du 23 mai 1969 « Traité sur les traités » fait la distinction entre, d'une part la ratification, l'approbation ou l'acceptation, et d'autre part l'adhésion. La ratification, l'approbation ou l'acceptation, sont des expressions utilisées indifféremment par la Convention de Vienne⁴⁰⁰. Pourtant, ainsi que le considèrent les Professeurs Combacau et Sur⁴⁰¹, il faudra plutôt rapprocher l'acceptation de l'adhésion. La ratification est une procédure d'engagement conventionnel, c'est un acte solennel émanant du chef de l'Etat qui signe un traité. Selon les ordres juridiques, cette ratification peut avoir besoin d'une autorisation ultérieure parlementaire pour devenir obligatoire, c'est le cas en France. La procédure d'approbation suppose elle aussi un acte de confirmation postérieur à l'adoption du texte.

⁴⁰⁰ Article 14 de la Convention de Vienne.

⁴⁰¹ Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public*, Montchrestien Paris, 1993, P. 120 et s.

Ce qu'il est intéressant de noter, c'est qu'un Etat ayant signé un traité soumis à ratification ultérieure n'est pas tenu d'y procéder. En effet, la ratification est toujours discrétionnaire tant sur le plan international que sur le plan interne⁴⁰². Le droit international ne sanctionne pas un Etat qui refuse de ratifier un traité signé. Ainsi la France a signé la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer du 30 mars 1978⁴⁰³ mais ne l'a toujours pas ratifiée.

205. S'agissant maintenant de l'adhésion ou de l'acceptation, ce sont des formes de participation ultérieure éventuelle qui ont en commun de concerner des Etats qui soit n'ont pas participé à la négociation, soit n'ont pas signé le texte du traité dans le délai éventuellement requis et entendent participer postérieurement. Dans ce domaine, il doit être distingué selon le type de traité en question⁴⁰⁴. Pour certains, un Etat n'a pas de droit à y adhérer. Certains traités peuvent ainsi être fermés, c'est à dire qu'ils ne sont pas ouverts à la participation d'Etats tiers. D'autres peuvent être entrouverts : seuls peuvent y accéder les Etats qui remplissent certaines conditions précisées dans le traité. Enfin, les autres sont ouverts : tout Etat a la possibilité d'y adhérer. C'est en particulier le cas pour les traités à vocation universelle.

Cette distinction étant précisée, étudions les dispositions des Conventions maritimes en présence sur ce point.

- La Convention de Bruxelles de 1924

206. C'est le cas le plus classique, celui dans lequel un Etat est uniquement lié par cette Convention. Celle-ci prévoit dans son protocole de signature deux façons d'y adhérer soit « en lui donnant force de loi », soit « en introduisant dans leur législation nationale les règles adoptées par la Convention sous une forme appropriée à cette législation ». Le problème qui s'est posé par la suite était de savoir si des Etats qui n'étaient pas signataires de cette Convention pouvaient par la suite y adhérer ou en devenir partie par admission ?

Le protocole de signature étant silencieux sur ce point, il a alors fallu chercher une solution en droit international public. En principe, sur cette question, la plus grande souplesse règne. La participation ultérieure d'un Etat non-signataire dépend exclusivement de la volonté des

⁴⁰² Dominique Carreau, *Droit international*, Pédone Paris, 1999, n° 304 et s.

⁴⁰³ Règles de Hambourg entrées en vigueur le 1er novembre 1978.

⁴⁰⁴ Classification de Dominique Carreau, *ibid.* n° 306.

parties contractantes originaires, telle qu'elle s'exprime dans le texte du traité⁴⁰⁵. Ici face à cette lacune, et compte tenu du fait que le traité ne contient pas de système d'admission, il est possible de considérer celui-ci comme ouvert. En effet, cette Convention visait à « l'unification de certaines règles en matière de connaissance ». Elle avait ainsi vocation à s'appliquer de façon étendue. Elle doit par conséquent être interprétée comme permettant l'accession par adhésion. Ce fut le cas avec succès, puisque en 1924 seuls dix Etats étaient signataires (ils représentaient pourtant deux tiers du tonnage mondial)⁴⁰⁶, alors qu'au 15 avril 2007, neuf Etats étaient liés par ratification, et soixante sept y avaient adhéré par accession⁴⁰⁷. Pour les raisons qui ont déjà été exposées, cette Convention a été amendée par deux Protocoles.

- La Convention de Bruxelles de 1924 amendée par le Protocole de Visby du 23 février 1968

207. Les Règles de Visby contiennent, comme la Convention de Bruxelles, deux façons d'y adhérer : « les parties contractantes peuvent mettre le présent Protocole en vigueur soit en lui donnant force de loi, soit en incorporant dans leur législation de la manière propre à celle-ci les règles adoptées aux termes du présent Protocole »⁴⁰⁸.

208. A la différence de la Convention de Bruxelles de 1924, ce Protocole prévoit exactement quel Etat peut y adhérer ou le ratifier : « le présent Protocole sera ouvert à la signature des Etats qui, avant le 23 février 1968, ont ratifié la Convention ou qui y ont adhéré ainsi qu'à tout Etat représenté à la douzième session (1967-1968) de la Conférence diplomatique de Droit Maritime »⁴⁰⁹ et « les Etats membres de l'Organisation des Nations unies ou des institutions spécialisées des Nations unies, non représentés à la douzième session de la Conférence diplomatique de Droit maritime, pourront adhérer au présent Protocole »⁴¹⁰. Un Etat non-signataire peut y adhérer à la condition qu'il entre dans l'une de ces catégories⁴¹¹. Il faut relever que l'article 11-2 du Protocole prévoit que « la ratification du présent Protocole par un Etat qui n'est pas partie à la Convention emporte adhésion à la Convention ». Il en résulte que tout Etat lié par le Protocole de 1968 est par là même lié par la Convention de 1924 dans sa version modifiée par le Protocole de Visby. Il faut souligner en outre qu'entre

⁴⁰⁵ Dominique Carreau, *Droit international*, ibid. n°306.

⁴⁰⁶ Georges Ripert, *Traité de droit maritime*, Rousseau 3 vol. , 4^{ème} éd. 1953, T II, p. 260, n° 1351.

⁴⁰⁷ www.comitemaritime.org/ratific/

⁴⁰⁸ Article 16.

⁴⁰⁹ Article 10.

⁴¹⁰ Article 12.

⁴¹¹ Un Etat non-signataire aura de fortes chances d'y pouvoir adhérer puisqu'en avril 2007, 191 Etats avaient adhéré à l'Organisation des Nations unies.

les parties au Protocole, la dénonciation de la Convention de Bruxelles de 1924 dans sa forme originelle n'a pas d'effet sur le Protocole. De ce fait, l'Etat reste partie à la Convention modifiée par le Protocole de Visby. Il faut donc constater que pleine liberté est offerte aux parties au Protocole de dénoncer ou non la Convention de 1924 dans sa forme originale. Cette liberté s'explique par rapport aux autres Etats contractants de la Convention d'origine n'ayant pas accédé au Protocole. Une dénonciation de la Convention de 1924 par les Etats ayant ratifié au Protocole serait contraire à la Policy internationale.

Etudions maintenant l'hypothèse d'un Etat lié par le « Protocole DTS ».

- Etat lié par la Convention de Bruxelles modifiée par le Protocole de Visby et par le Protocole du 21 décembre 1979

209. Ce Protocole prévoit quels sont les pays qui peuvent le ratifier : « le présent Protocole est ouvert à la signature des Etats qui ont signé la Convention du 24 août 1924 ou le Protocole du 23 février 1968 ou qui sont parties à la Convention »⁴¹². Ce qui est en revanche surprenant c'est que l'article 7 vient aussitôt préciser que « les Etats non visés à l'article 5 pourront adhérer au présent Protocole ». Quel est alors l'intérêt de cette énumération de l'article 5 puisque ce Protocole est ouvert à l'adhésion de tous les Etats ?

210. Ici encore on trouve comme dans le Protocole de Visby la précision que « la ratification du présent Protocole par un Etat qui n'est pas partie à la Convention vaut également pour la Convention »⁴¹³ et pour les Etats non visés à l'article 5 : « l'adhésion au présent Protocole vaut également pour la Convention »⁴¹⁴. Par Convention, il faut entendre, comme le précise l'article 1, la Convention de 1924 telle qu'amendée par le Protocole du 23 février 1968.

Il en résulte que comme dans le cas précédent un Etat ayant ratifié ou adhéré au Protocole⁴¹⁵ n'est en fait lié que par un seul texte : la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 telle qu'amendée par le Protocole du 23 février 1968 et par le Protocole du 21 décembre 1979.

Reste maintenant le dernier cas dans lequel un Etat serait lié par un seul texte.

⁴¹² Article 5 du Protocole.

⁴¹³ Article 6-2 du Protocole.

⁴¹⁴ Article 7-2 du Protocole.

⁴¹⁵ C'est par exemple le cas du Mexique qui n'a jamais adhéré ou ratifié la Convention d'origine, il a seulement adhéré au Protocole de 1979 le 20/05/1994.

- Etat lié par les Règles de Hambourg

211. En ce qui concerne les Règles de Hambourg, c'est son article 28 qui prévoit dans son deuxième : « La présente Convention est sujette à ratification ou approbation par les Etats signataires » et dans son troisième « Après le 30 avril 1979, la présente Convention sera ouverte à l'adhésion de tous les Etats qui ne sont pas signataires ». Cette Convention a donc un caractère universel. Elle prévoit la ratification, l'approbation ou la signature des Etats signataires ce qui est normal, mais de plus elle offre la possibilité à tout Etat d'y adhérer. Cette ouverture à tous les Etats du monde est une des particularités présentées par les Conventions élaborées sous les auspices de l'Organisation des Nations unies.

Au 20 avril 2007, trente et un Etats avaient adhéré ou ratifié les Règles de Hambourg (ils seront trente-deux le 1^{er} août 2007).

212. Ces quatre hypothèses sont les plus simples, il ne peut résulter aucune concurrence entre normes d'origines internationales pour un des Etats concernés puisque celui-ci n'est lié que par une des Conventions internationales qui concerne le transport maritime de marchandises⁴¹⁶. Il existe cependant des hypothèses où un Etat a pu ratifier ou adhérer à plusieurs de ces Conventions.

b) Etat ayant ratifié ou adhéré à plusieurs de ces Conventions

213. Ce cas est assez fréquent dans l'ordre international. Il est dû aux caractéristiques propres des conventions internationales qui sont, comme il l'a été vu, complexes à mettre en place et ainsi difficiles à faire évoluer pour les adapter aux évolutions techniques, économiques ou sociales. Bien souvent les conventions internationales ne prévoient pas de mécanismes d'actualisation. A ce sujet les Règles de Hambourg ont été plus prévoyantes que les autres Conventions puisqu'elles ont prévues un mécanisme de révision et d'amendement : l'article 32-1 précise que : « à la demande d'un tiers au moins des Etats contractants à la présente Convention, le depositaire convoque une conférence des Etats contractants ayant pour objet de réviser ou d'amender la présente convention. ». Le problème qui se pose est que les « *aggiornamento* »⁴¹⁷ se font par le biais de protocoles modificatifs, voire de façon plus

⁴¹⁶ Il ne peut dans ce cas y avoir de conflit de conventions. En revanche, même dans cette hypothèse, des conventions internationales peuvent se retrouver en conflit dans le cadre d'un classique conflit de lois.

⁴¹⁷ Expression utilisée par le Professeur Vialard, *Sisyphé et l'uniformisation internationale du droit maritime*, n° 591 (n° spécial du DMF) p.214.

radicale par la conclusion d'une nouvelle convention. La réglementation en matière de transports internationaux de marchandises par mer a connu ces deux situations.

214. Plusieurs hypothèses de concours impossibles doivent être éliminées. Il s'agit d'abord de l'hypothèse d'un concours, dans l'ordre juridique d'un Etat, entre la Convention de 1924 dans sa forme originelle et sa version modifiée par un de ses Protocoles puisqu'il sera vu ultérieurement qu'un mécanisme d'intégration automatique de la Convention de 1924 dans sa forme originelle a été prévu dans les deux Protocoles⁴¹⁸. Un Etat qui y adhère ou les ratifie est lié par la Convention de 1924 dans sa version modifiée par le ou les Protocoles que celui-ci a ratifié.

Ensuite, en cas de conflit entre les deux Protocoles, le plus récent doit prévaloir, c'est-à-dire celui du 21 décembre 1979⁴¹⁹.

Il en résulte, de façon logique, qu'une éventuelle concurrence dans l'ordre juridique d'un Etat de deux normes matérielles d'origines internationales portant sur le transport international de marchandises par mer qu'il aurait toutes deux ratifiées ne peut intervenir qu'entre la Convention de Bruxelles de 1924 dans une de ses différentes versions et les Règles de Hambourg. La clause de dénonciation prévue à cet effet dans les Règles de Hambourg ne permet pas de résoudre un éventuel concours lorsqu'un Etat est partie aux Règles et à la Convention de Bruxelles modifiée par le Protocole du 21 décembre 1979.

Reprenons ces différents hypothèses.

- Etat lié par la Convention de 1924 et les Règles de Hambourg

215. Ce cas de conflit peut surprendre puisque l'article 31 des Règles de Hambourg prévoit la dénonciation par les Etats contractants de la Convention de 1924, s'ils l'ont ratifiée ou y ont adhééré. Malgré cela, cette dénonciation n'étant pas assortie de sanction, au 20 avril 2007 onze Etats étaient liés à la fois par la Convention de 1924 non modifiée et par les Règles de Hambourg⁴²⁰.

⁴¹⁸ Pour l'étude de l'efficacité du mécanisme d'intégration automatique de la Convention de Bruxelles, cf. infra n° 300 et s.

⁴¹⁹ Il est logique que lorsqu'un Etat a ratifié plusieurs versions de la même convention, ce soit la version la plus récente qui s'applique. C'est en effet la plus adaptée aux évolutions économiques, techniques ou juridiques qui ont pu motiver cette modification de Convention. Il s'agit d'ailleurs d'une règle classique du droit international public « *lex posterior derogat priori* », qui est aussi utilisée en matière de conflits entre accords internationaux par l'article 30 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Cf. sur ce point Ferenc Majoros, *Les conventions internationales en matière de droit privé (Abrégé théorique et traité pratique)*, T1, A. Pédone Paris, 1976, p. 240.

⁴²⁰ Il s'agit de la Barbade, du Cameroun, de la Guinée, la Hongrie, le Kenya, le Nigeria, le Paraguay, le Sénégal, la Sierra Leone, la République Unie de Tanzanie et la République arabe Syrienne. Saint-Vincent-et-les-

- Etat lié par la Convention de Bruxelles modifiée par le Protocole du 23 février 1968 et par les Règles de Hambourg

216. Cette hypothèse aussi peut étonner car ici encore, les Etats qui ratifient ou adhèrent aux Règles de Hambourg, sont mis dans l'obligation par celles-ci de dénoncer la Convention de Bruxelles de 1924 telle qu'elle est amendée par le Protocole modificatif du 23 février 1968. Cette fois encore la non-dénonciation n'est pas assortie de sanctions.

En outre, ainsi qu'il l'a été vu, la Convention des Nations unies prévoit pour un Etat contractant partie à la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1968 une possibilité de différer la dénonciation pendant un délai de cinq ans « à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente Convention »⁴²¹.

217. Cette formule ambiguë n'a pas manqué de faire débat. Cette période transitoire de cinq ans débutait-elle à compter de l'entrée en vigueur des Règles de Hambourg pour l'Etat qui en faisait usage, ou à compter de l'entrée en vigueur des Règles, soit le premier novembre 1992⁴²² ?

A l'appui de la première thèse, Monsieur Thomas⁴²³ souligne que la règle que constitue le paragraphe premier de l'article 31 sur la dénonciation systématique, ne prend effet qu'à compter du moment où l'Etat devient contractant. La faculté de différer la dénonciation prévue par le paragraphe 4 étant l'exception par rapport au paragraphe premier auquel d'ailleurs il renvoie, on devrait interpréter cette faculté de recourir au délai transitoire comme ne prenant effet qu'à compter de l'entrée en vigueur des Règles de Hambourg à l'égard de l'Etat qui en fait usage.

Malgré tout, la seconde théorie doit être préférée car elle s'appuie sur une stricte interprétation du paragraphe 4 de l'article 31. Il y est en effet précisé : « cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente Convention ». Il faut en déduire que si les rédacteurs avaient voulu, comme au premier paragraphe, se référer à la date d'entrée en vigueur de la Convention pour un Etat précis, ils l'auraient précisée. Cette solution paraît ainsi préférable. Ce délai étant passé depuis le premier novembre 1997, il n'est plus possible de recourir au délai transitoire. Le Gouvernement belge, à qui devaient être notifiées en sa qualité de

Grenadines ne fait plus partie depuis le 22 juillet 2003 de la liste des Etats membres de la Convention de Bruxelles tenue par le Gouvernement belge. Pour consulter cette liste (qui malheureusement n'a pas été modifiée depuis le 2 décembre 2003), cf. <http://www.diplomatie.be/fr/treaties>

⁴²¹ Article 31-4.

⁴²² Cette possibilité prend donc fin le premier novembre 1997.

⁴²³ Jean-Paul Thomas, BTL 2000, n°2831 p.43.

dépositaire de la Convention de 1924 les dénonciations de cette Convention ou l'intention de différer cette dénonciation, considérait que pour les pays ayant usé de leur droit à différer la dénonciation, une fois que ce délai était écoulé, la dénonciation s'opérait automatiquement, que le pays en question la notifie ou pas.

218. Concrètement, deux Etats étaient liés par le Protocole de Visby et les Règles de Hambourg. Il s'agissait du Liban et de l'Egypte⁴²⁴. Ces Etats ont utilisé la faculté qui leur était offerte de différer la dénonciation de la Convention de 1924 modifiée. Par contre ils ne l'ont pas dénoncée à l'expiration du délai. Malgré tout, ces deux Etats ne font plus partie de la liste tenue à jour par le Gouvernement belge⁴²⁵ des Etats liés par la Convention de 1924 modifiée depuis le premier novembre 1997. Force est alors d'en déduire que l'interprétation faite par le Gouvernement belge de l'article 31-4 des Règles de Hambourg est que le délai de cinq années prévu par cet article courrait à partir de la date d'entrée en vigueur des Règles de Hambourg (le 1er novembre 1992). Depuis le premier novembre 1997, un tel cas de concours d'application ne peut donc plus exister.

- Etat lié par la Convention de Bruxelles modifiée par le Protocole du 23 février 1968 et par celui du 21 décembre 1979 ainsi que par Règles de Hambourg

219. Cette hypothèse se conçoit d'autant plus facilement que les Règles de Hambourg, Convention qui présente le mérite d'être assez complète puisqu'elle envisage et solutionne d'éventuelles concurrences d'application entre normes conventionnelles internationales dans le droit interne d'un de ses Etats membres, ont été rédigées avant l'entrée en vigueur du Protocole du 21 décembre 1979.

Cependant, ce cas de coexistence est resté à l'état de potentialité puisqu'à ce jour aucun Etat ne se trouve lié par ces deux textes. Néanmoins cette hypothèse est tout à fait possible.

Ainsi, au delà des hypothèses simples de ratification ou d'adoption par des Etats d'une seule convention, certains Etats peuvent être engagés par plusieurs d'entre elles ce qui peut créer des cas de concours d'application. Une fois que la convention aura été désignée, parce qu'elle aura été ratifiée ou adoptée par l'Etat du for, ou parce que ses règles de droit international privé désignent une loi étrangère dont elle fait partie, encore faudra-t-il vérifier que la convention a vocation à s'appliquer au rapport en question.

⁴²⁴ Au 15 avril 2007.

⁴²⁵ Dépositaire de la Convention.

2) La convention prévoit les situations auxquelles elle s'applique

220. La convention « unifiante » « fixe elle-même son domaine en énonçant des règles qui ne sont applicables qu'aux seuls rapports de droit ayant un rattachement variable avec les Etats contractants »⁴²⁶. Il ne suffit pas que l'Etat du for soit un Etat contractant à la convention ou que ses règles de droit international privé désignent celle-ci, encore faut-il que le transport ait l'élément ou un des éléments localisé dans un Etat contractant qu'exige la convention. Il faut par conséquent se pencher sur les conditions d'application des différentes Conventions (la Convention de Bruxelles (a), la Convention de Bruxelles modifiée par le Protocole de 1968 (b) et les Règles de Hambourg (c)).

a) La Convention de Bruxelles de 1924

221. Les conditions d'application de la Convention de Bruxelles sont contenues dans son article 10 qui prévoit de façon succincte que « les dispositions de la présente Convention s'appliqueront à tout connaissance créé dans un des Etats contractants ». Les difficultés d'appréciation posées par ce texte ayant déjà été étudiées, on se contentera d'y renvoyer⁴²⁷. Ce sont celles-ci qui ont conduit à réviser les conditions d'application de la Convention de Bruxelles lors de la Conférence de 1968. La Convention de Bruxelles modifiée par le Protocole de Visby a de ce fait des conditions d'application différentes de celles de la Convention originelle.

b) La Convention de Bruxelles de 1924 modifiée par le Protocole du 23 février 1968

222. Cette modification des conditions d'application résulte de l'article 5 du Protocole qui supprime et remplace l'article 10 de la Convention originelle en prévoyant que « les dispositions de la présente Convention s'appliqueront à tout connaissance relatif à un transport de marchandises entre ports relevant de deux Etats différents, quand

- a) le connaissance est émis dans un Etat contractant, ou
- b) le transport a lieu au départ d'un port d'un Etat contractant, ou

⁴²⁶ Philippe Malaurie, *loi uniforme et conflits de lois*, Travaux du Comité français de droit international privé, 1967, p. 86.

⁴²⁷ Cf. supra n° 175.

c) le connaissance prévoit que les dispositions de la présente Convention ou de toute autre législation les appliquant ou leur donnant effet régiront le contrat, quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, du chargeur, du destinataire ou de toute autre personne intéressée... ».

Cette version de la Convention de Bruxelles contient une liste de conditions d'applications alternatives. Il est ici indiqué clairement que la Convention ne peut opérer que pour les « transports de marchandises entre ports relevant de deux Etats différents », et ce, afin d'éviter que se renouvellent les difficultés d'interprétation engendrées par la Convention dans sa formulation originelle.

223. Ici ce n'est pas, comme pour le champ d'application, la similitude qui est source de conflits mais au contraire la différence ou la multiplicité. L'identité peut seulement être source de conflit dans l'hypothèse où un Etat aurait ratifié ou adhéré à plusieurs de ces Conventions successivement⁴²⁸.

224. En ce qui concerne maintenant le Protocole du 21 décembre 1979 modifiant la Convention du 25 août 1924, celui-ci ne change pas les conditions d'applications prévues par la Convention de 1924 telle qu'amendée par le premier Protocole modificatif. C'est à celui-ci qu'il faut se référer pour déterminer quand cette nouvelle version de la Convention de 1924 se trouve applicable. Maintenant voyons celles prévues par l'autre grande Convention internationale applicable au transport maritime de marchandises, les Règles de Hambourg.

c) Les Règles de Hambourg

225. Comme le Protocole du 23 février 1968 modifiant la Convention de 1924, la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer du 30 mars 1978 contient une liste de conditions d'applications qui sont énumérées dans l'article 2 : « les dispositions de la présente Convention s'appliquent à tous les contrats de transport par mer entre deux Etats différents lorsque

- a) le port de chargement prévu dans le contrat de transport par mer est situé dans un Etat contractant, ou
- b) le port de déchargement prévu dans le contrat de transport par mer est situé dans un Etat contractant, ou

⁴²⁸ Hypothèse qui a déjà été envisagée, cf. supra n° 213 et suivant.

- c) l'un des ports à option de déchargement prévu dans le contrat de transport par mer est le port de déchargement effectif et que ce port est situé dans un Etat contractant, ou
- d) le connaissement ou autre document faisant preuve du contrat de transport par mer est émis dans un Etat contractant, ou
- e) le connaissement ou autre document faisant preuve du contrat de transport par mer prévoit que les dispositions de la présente Convention ou celles d'une législation nationale leur donnant effet régiront le contrat ».

Ici encore, les conditions d'application des Règles de Hambourg étant différentes de celles prévues par la Convention de Bruxelles originelle et de celles prévues par la Convention de Bruxelles modifiée, il en résulte des risques de concours entre ces Conventions⁴²⁹.

B – Le domaine matériel des Conventions

226. Lorsque deux ou plusieurs Etats sont impliqués dans un transport litigieux et que chacun d'eux a ratifié ou adhéré à différentes Conventions internationales, celles-ci peuvent réclamer leur application simultanée. Il faut alors étudier les rapports régis par ces Conventions pour vérifier si deux Conventions peuvent avoir vocation à s'appliquer au même transport. La question est donc d'identifier d'éventuelles similitudes d'objet.

Il s'agit ici d'étudier le domaine matériel de ces Conventions successives. Cependant, cette étude se limitera à la Convention de Bruxelles dans sa forme originelle (1) et aux Règles de Hambourg (2). En effet, les deux Protocoles modificatifs de la Convention de Bruxelles n'ayant pas modifié son champ d'application, il n'y a pas lieu de les étudier.

1) La Convention de Bruxelles de 1924

227. En ce qui concerne d'abord la Convention de Bruxelles de 1924, son champ d'application est précisé par les articles 1 et 2 qui stipulent que cette Convention régit les contrats de transport de marchandises sous connaissement⁴³⁰. On oppose le contrat de transport de façon classique au contrat d'affrètement constaté par une charte-partie. Il est possible d'en déduire que la Convention de 1924 n'a pas vocation à s'appliquer à ce type de

⁴²⁹ Pour un recensement complet de toutes les hypothèses possibles de concurrence d'application entre les Conventions ou les différentes versions d'une Convention portant sur le transport international de marchandises par mer, cf. annexe 1.

⁴³⁰ L'article 1er b) de la Convention de Bruxelles précise, au sujet de la définition du terme contrat de transport, que le « contrat de transport s'applique uniquement au contrat de transport constaté par un connaissement ou par tout document similaire formant titre pour le transport des marchandises par mer ».

contrat. D'ailleurs la Convention précise bien qu'elle retrouve vocation à s'appliquer s'il y a un connaissement émis en vertu d'une charte-partie et ce à partir du moment où ce titre régit les rapports du transporteur et du porteur du connaissement. Sur ce point on peut, d'ores et déjà, préciser deux choses. D'abord que, de façon très logique, cette Convention ne joue pas tant que le chargeur reste porteur du connaissement⁴³¹. Ensuite, on appliquera la charte-partie aux rapports entre l'affréteur et le fréteur quand ils ont, par ce titre, défini leurs obligations.

228. Cette Convention n'a pas vocation non plus à s'appliquer aux transports en pontée déclarés comme tels ou aux transports d'animaux vivants⁴³².

229. On trouve une dernière précision quant au domaine d'application de cette Convention à l'article 2 qui précise que « sous réserve des dispositions de l'article 6, le transporteur, dans tous les contrats de transport des marchandises par mer, sera quant au déchargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde, aux soins et au déchargement des dites marchandises, soumis aux responsabilités et obligations, comme il bénéficiera des droits et exonérations ci-dessous énoncés. ».

230. Si l'on se réfère à l'article 6 alinéa 3 et qu'on l'applique à contrario, on peut en déduire que cette Convention ne s'applique impérativement qu'aux « cargaisons commerciales ordinaires », les Professeurs Rodière et du Pontavice ajoutant même dans leur ouvrage, « faites au cours d'opérations commerciales ordinaires »⁴³³. Les parties pouvant ainsi ne pas respecter dans leur contrat les dispositions de la Convention de Bruxelles lorsque « le caractère, et la condition des biens à transporter, les circonstances, les termes et les conditions auxquelles le transport doit se faire sont de nature à justifier une convention spéciale »⁴³⁴. Le problème évident posé par cette disposition c'est son caractère flou puisqu'il n'existe pas de délimitation précise des cas dans lesquels un transport est de nature à justifier une convention spéciale. L'exemple classique qui était donné, lors de la discussion de la Convention au début du siècle précédent, était les transports de viande frigorifiée. Cet exemple qui se concevait à une époque où ce type de transport comportait un risque important, l'industrie du froid, et les techniques de conservations étant peu évoluées, ne peut plus maintenant être justifié ! Dès lors, on voit mal quel type de transport pourrait comporter suffisamment d'aléas pour que l'on puisse justifier une convention spéciale, d'autant plus que du fait du risque maritime, tout transport par mer est soumis à un aléa naturel.

⁴³¹ Paris, 6 février 1959, DMF 1959, 476.

⁴³² L'article 1er c) de la Convention de Bruxelles précise effectivement que « « marchandises » comprend biens, objets, marchandises et articles de nature quelconque, à l'exception des animaux vivants et de la cargaison qui, par le contrat de transport est déclarée comme mise sur le pont et, en fait ainsi transportée ».

⁴³³ René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, op. cit. n°389.

⁴³⁴ Article 6 alinéa 3 de la Convention de Bruxelles de 1924.

C'est peut-être pour cette raison que notre législation interne applicable aux transports internes⁴³⁵ s'est éloignée sur ce point de la Convention de Bruxelles en ne reproduisant pas cette exception. Malgré tout, cette règle floue a le mérite de laisser hors du champ de la Convention certaines situations particulières qui ne pourraient se satisfaire des solutions apportées par les prévisions générales. Ainsi que le préconise Mme Soisson⁴³⁶, il est : « de la responsabilité des tribunaux de chaque Etat contractant de limiter l'application de cette règle aux cas où elle est vraiment nécessaire ».

Qu'en est-il à présent du domaine d'application des Règles de Hambourg ?

2) Les Règles de Hambourg

231. Le domaine matériel des Règles de Hambourg est contenu dans son article 2 qui est intitulé : « champ d'application ». Cette Convention possède un domaine d'application plus large que la Convention de Bruxelles puisqu'elle se déclare applicable à « tous les contrats de transport par mer entre deux Etats différents » et ce quelle que soit « la nationalité du navire, du transporteur, du transporteur substitué, du chargeur, du destinataire ou de toute autre personne intéressée ». Il n'y a pas d'exclusion des transports en pontée⁴³⁷ et des transports d'animaux vivants⁴³⁸.

Il est possible d'en conclure qu'il ne saurait y avoir de concurrence entre les Conventions sur ces questions, hormis l'hypothèse d'une clause Paramount qui sera étudiée postérieurement⁴³⁹.

232. En revanche, à l'instar de la Convention de Bruxelles, les Règles de Hambourg ne « s'appliquent pas aux contrats d'affrètement »⁴⁴⁰ mais « lorsqu'un connaissement est émis en vertu d'un contrat d'affrètement, il est soumis aux dispositions de la présente Convention pour autant qu'il régit les relations entre le transporteur et le porteur du connaissement, si ce dernier n'est pas l'affréteur »⁴⁴¹.

Ces concurrences d'application potentielles entre Conventions n'ont de réelle importance et ne font l'objet d'enjeux que si les Conventions en présence prévoient des solutions différentes pour résoudre le même litige. Il ne s'agira pas de comparer l'ensemble des règles matérielles mises en place par chacune des Conventions qui risquent d'entrer en concours, mais de

⁴³⁵ Loi du 18 juin 1966.

⁴³⁶ Nathalie Soisson, *La liberté contractuelle dans les clauses du connaissement*, op. cit. p. 76.

⁴³⁷ Déclarés comme tels.

⁴³⁸ Il existe pourtant dans la Convention un régime de responsabilité particulier à ces deux hypothèses : article 9 pour les transports en pontée et article 5-5 pour ceux d'animaux vivants.

⁴³⁹ Cf. infra n° 617 et s.

⁴⁴⁰ Article 2-3 des Règles de Hambourg.

⁴⁴¹ Article 2-3 des Règles de Hambourg.

relever les principales différences entre ces Conventions afin d'identifier les enjeux de l'application d'un texte à la place d'un autre⁴⁴².

Paragraphe 2 – L'identification des principales différences entre les Conventions

233. Les Conventions internationales applicables en matière de transport de marchandises par mer peuvent entrer en concurrence, celles-ci contiennent-elles pour autant des solutions divergentes ?

Ces Conventions réglementent la prise en charge et la délivrance du document de transport (A), elles régissent aussi l'exécution du contrat ou encore la livraison de la marchandise (B), ces différents points seront examinés afin de mettre en valeur les principales différences entre les textes en cause.

Outre les règles gouvernant le transport maritime en lui-même, l'inexécution ou la mauvaise exécution de leurs obligations par les contractants va déboucher sur une question de responsabilité. A cet égard, et de façon classique, la responsabilité du transporteur en cas de retard, dommage ou perte sera étudiée, mais il faudra aussi envisager celle du chargeur (C).

A - La prise en charge et les documents de transport

234. La prise en charge de la marchandise (1) va donner lieu systématiquement à la remise d'un titre de transport, document qui a une très grande importance (2).

1) La prise en charge

235. La Convention de Bruxelles ne couvre pas toutes les phases du transport maritime. Elle ne couvre que celles proprement maritimes en opérant un sectionnement légal⁴⁴³ de la relation contractuelle. L'article 1^{er} e) de celle-ci définit le transport de marchandises comme « le temps écoulé depuis le chargement des marchandises à bord du navire jusqu'à leur déchargement du navire ». Le champ d'application temporel de la Convention s'étend « de

⁴⁴² Cf. Définition du conflit de conventions donnée par François Rigaux supra.

⁴⁴³ Lamy transport, tome II, ed. 2002, n°405 et s.

palan à palan »⁴⁴⁴, c'est-à-dire de l'instant où les palans de la machine de manutention saisissent la marchandise au bord du quai de chargement jusqu'à celui où la marchandise est déposée à destination sur le quai de déchargement, le long du bord du navire⁴⁴⁵. Il en résulte que les opérations ante-palan et post-palan seront régies par la loi de 1966⁴⁴⁶ qui s'applique « depuis la prise en charge jusqu'à sa livraison »⁴⁴⁷ et ce puisque les dispositions de la loi de 1966 s'appliquent « aux opérations de transport qui sont hors du champ d'application »⁴⁴⁸ de la Convention (à condition bien sûr que le transport ait lieu au départ ou à destination d'un port français).

236. La Convention de Bruxelles écarte ainsi de son champ d'application les opérations terrestres du transport pour n'en régir que celles purement maritimes⁴⁴⁹. Par contre, les articles 2 et 3 de la Convention précisent que le transporteur doit procéder au chargement et au déchargement de la marchandise. L'article 7 l'autorise cependant à prendre sous sa responsabilité et dans les conditions qu'il souhaite les opérations dites terrestres⁴⁵⁰.

Le chargeur ayant présenté sa marchandise, la prise en charge, acte juridique à l'occasion duquel le transporteur reconnaît l'emballage, l'étiquetage ou le nombre, l'importance et le poids des marchandises, ne peut intervenir après le chargement. Cette prise en charge dépend ainsi de l'opération matérielle de prise de possession et d'acceptation du transporteur qui est caractérisée par l'opération de chargement.

237. Le chargement est entendu de manière étroite par la jurisprudence : celle-ci considère que le chargement ne peut être que la saisie des marchandises à quai à proximité du navire pour être hissées ou introduites dans celui-ci⁴⁵¹. Cette notion de chargement ouvre la période contractuelle et est donc capitale pour déterminer la responsabilité du transporteur.

Malgré tout, même si un régime impératif s'applique du chargement au déchargement, il ne faudrait pas croire que le transporteur ne répond que de cette seule phase. Il répond en deçà et au-delà de cette phase mais selon un régime non-impératif, la notion de sectionnement juridique du contrat prend ici toute sa portée.

⁴⁴⁴ L'expression « de palan à palan » est une image car la Convention a naturellement vocation à s'appliquer à des marchandises liquides ou gazeuses qui seront chargées et déchargées par des flexibles.

⁴⁴⁵ Antoine Vialard, *Droit maritime*, PUF Paris, 1997, n° 436 et s.

⁴⁴⁶ Pierre Bonassies et Christian Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ Paris, 2006, n° 918, p. 592.

⁴⁴⁷ Article 15 de la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritime.

⁴⁴⁸ Article 16 de la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritime.

⁴⁴⁹ CA de Paris, 5ème Chbre, 2/12/1998, DMF 1999, p. 732.

⁴⁵⁰ « Aucune disposition de la présente Convention ne défend à un transporteur ou à un chargeur d'insérer dans un contrat des stipulations, conditions, réserves ou exonérations relatives aux obligations et responsabilités du transporteur ou du navire pour la perte ou les dommages survenant aux marchandises, ou concernant leur garde, soin et manutention, antérieurement au chargement et postérieurement au déchargement du navire sur lequel les marchandises sont transportées par mer ».

⁴⁵¹ CA d'Aix-en-Provence, 05/05/1987, DMF 1988, p. 384.

238. Les deux Protocoles portant modification de la Convention de Bruxelles n'ont pas modifié les dispositions portant sur la prise en charge.

239. S'agissant des Règles de Hambourg, l'étendue des opérations du transport maritime couverte est plus importante que dans la Convention de Bruxelles. En effet, à propos de la responsabilité du transporteur, elles disposent : « dans la présente Convention, la responsabilité du transporteur en ce qui concerne les marchandises couvre la période pendant laquelle les marchandises sont sous sa garde au port de chargement, durant le transport, et au port de déchargement. » (article 4-1). Dans les Règles de Hambourg, la prise en charge est l'opération par laquelle le transporteur acquiert la maîtrise juridique sur la marchandise, en vue de lui permettre d'accomplir ses obligations de transporteur. La liberté contractuelle du transporteur quant à la détermination du moment de la prise en charge et de la livraison n'est plus encadrée comme dans la Convention de Bruxelles. Cette lacune des Règles de Hambourg fait dire à Messieurs Bonassies et Scapel que « pour une réforme qui affichait pour objectif une meilleure protection des intérêts de la marchandises, la dysfonction est indiscutable »⁴⁵². La présentation de la marchandise et la prise en charge sont le plus souvent suivies par la délivrance d'un connaissance, document écrit constatant l'accord des parties et ses modalités afin de servir de preuve.

2) Les documents de transport

240. Le connaissance est le principal document de transport. Il faut d'abord examiner son émission et son contenu (a), les réserves qui peuvent y être consignées (b) mais également ses fonctions (c). Le connaissance n'étant pas le seul document de transport, seront ensuite examinés ses substituts (d).

a) L'émission et le contenu du connaissance

241. D'après la Convention de Bruxelles de 1924, le transporteur est tenu, sur demande du chargeur, d'émettre un connaissance dès la réception de la marchandise : « après avoir reçu et pris en charge les marchandises, le transporteur ou le capitaine ou agent transporteur devra, sur demande du chargeur, délivrer au chargeur un connaissance... ». Si le chargeur ne réclame pas de connaissance, le transporteur n'est pas tenu de le lui remettre spontanément.

⁴⁵² Pierre Bonassies et Christian Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ Paris, 2006, n° 919, p. 593.

Ce titre est pourtant systématiquement donné, à tel point que pour la pratique le connaissement est la marque des contrats de transports de marchandises par mer. Cette confusion est regrettable puisque le connaissement n'est pas le contrat de transport.

242. La première fonction du connaissement est d'être un reçu des marchandises.

Effectivement le connaissement est d'abord le document par lequel le transporteur ou son représentant reconnaît avoir reçu la marchandise qui y est décrite, en vue de son transport maritime. C'est ainsi que dans l'article 3 de la Convention, il est précisé qu'il doit indiquer les marques permettant d'identifier les marchandises, le nombre des objets ou des colis ou leur quantité ou leur poids⁴⁵³ et l'état et le conditionnement apparents des marchandises.

La certitude pour les tiers que telle marchandise est acheminée sur tel navire, leur est donnée par le connaissement dit « embarqué » qui fera foi du chargement de la marchandise à bord du navire, et ne pourra donc, de façon logique, être délivré avant le chargement⁴⁵⁴.

Ce document est extrêmement important puisque comme l'indique la Convention à l'article 3-4 : « un tel connaissement vaudra présomption, sauf preuve contraire, de la réception par le transporteur des marchandises telles qu'elles y sont décrites... » à l'égard du chargeur. En revanche, et c'est un des apports du Protocole de Visby de 1968, dans ses rapports avec le tiers porteur de bonne foi du connaissement, le transporteur est lié par une présomption irréfragable. Effectivement les indications du connaissement à propos des mentions descriptives de la marchandise s'imposent à lui. Cette disposition résulte de l'article 1-1 du Protocole du 23 février 1968 qui insère à l'article 3-4 de la Convention de Bruxelles que « toutefois, la preuve contraire n'est pas admise lorsque le connaissement a été transféré à un tiers porteur de bonne foi ».

Ces questions de la preuve par le transporteur de la bonne exécution de sa mission conduisent à l'étude du devoir de sincérité qui pèse sur le chargeur.

Ceux-ci ont le devoir d'être sincère dans leur déclaration, devoir qui est sanctionné par la Convention : « le chargeur sera considéré avoir garanti au transporteur, au moment du chargement, l'exactitude des marques, du nombre, de la quantité et du poids tels qu'ils sont fournis par lui, et le chargeur indemniserà le transporteur de toutes pertes, dommages et dépenses provenant ou résultant d'inexactitudes sur ces points. », article 3-5 de la Convention de Bruxelles.

⁴⁵³ « Tels qu'ils sont fournis par écrit par le chargeur ».

⁴⁵⁴ « Lorsque les marchandises auront été chargées, le connaissement que délivrera le transporteur, capitaine ou agent du transporteur au chargeur, sera, si le chargeur le demande, un connaissement libellé « Embarqué » pourvu que, si le chargeur a auparavant reçu quelque document donnant droit à ces marchandises il restitue ce document contre remise d'un connaissement « Embarqué » », article 3-7 de la Convention de Bruxelles de 1924.

243. Les Règles de Hambourg sont très différentes de la Convention de Bruxelles. Elles s'appliquent non seulement aux transports sous connaissement, mais aussi à ceux couverts par tout autre document de transport, voire en l'absence de tout document de transport⁴⁵⁵.

Les dispositions portant sur l'émission du connaissement contenues dans les Règles de Hambourg sont les mêmes que celles de la Convention de Bruxelles⁴⁵⁶.

Par contre, à propos du contenu du connaissement, les mentions obligatoires du connaissement font l'objet d'une liste beaucoup plus détaillée que dans la Convention de Bruxelles. Entre autres mentions, l'article 15 des Règles de Hambourg requiert que le document indique la nature générale de la marchandise, les marques principales nécessaires à leur identification, les mentions propres à identifier l'importance du chargement⁴⁵⁷.

En ce qui concerne enfin le devoir de sincérité du chargeur, les Règles de Hambourg (article 17) contiennent des dispositions similaires à la Convention de Bruxelles. Il y a pourtant deux différences notables. D'une part les Règles de Hambourg stipulent que cette obligation du chargeur subsiste même si le connaissement a été transmis à un tiers. D'autre part les Règles de Hambourg prévoient la possibilité d'émission de lettres de garantie.

244. C'est afin de redonner au connaissement toute sa force que la pratique a imaginé qu'au lieu de porter des réserves sur le connaissement, le transporteur pourrait se faire remettre par le chargeur une lettre de garantie⁴⁵⁸ aux termes de laquelle ce dernier s'engagerait à ne lui réclamer aucune indemnité et à le dédommager de toutes les conséquences d'un recours du destinataire. Cette pratique de la délivrance de connaissement « net » (ou clean) en échange de la remise par le chargeur au transporteur d'une lettre de garantie présente une utilité incontestable. C'est par exemple le cas lorsque le chargeur présente à l'embarquement un fret important de la même marchandise présentée en petite unité. A la fin de l'opération, s'il y a désaccord entre le transporteur et le chargeur sur quelques unités, recommencer l'opération c'est-à-dire décharger puis recharger représenterait une telle perte de temps et d'argent que le chargeur peut choisir de donner au transporteur une lettre de garantie et d'assumer d'éventuels manquants à l'arrivée.

⁴⁵⁵ André Chao, Françoise Odier et Marc Guérin, *Règles de Hambourg*, BTL du 16/11/1992, supplément au n° 2496, p. 11.

⁴⁵⁶ Article 15-2 des Règles de Hambourg : « une fois que les marchandises sont à bord, le transporteur doit, sur demande du chargeur, lui délivrer un connaissement « embarqué »... ».

⁴⁵⁷ Nombre de colis ou de pièces, poids ou quantité exprimées autrement ...

⁴⁵⁸ Il s'agit de la lettre de garantie au chargement. La lettre de garantie au déchargement est fautive, elle est pourtant considérée comme un « mal inévitable, étant seule susceptible de remédier à la situation de fait dans laquelle elle intervient » aussi est-elle utilisée en pratique. Pierre Bonassies et Christian Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ Paris, 2006, n° 1037 p. 664.

Le problème de cette pratique est qu'elle est dangereuse car elle peut conduire à des dérives : la lettre de garantie peut tromper la confiance de ceux à qui sera présenté un connaissance net (par exemple l'assureur sur facultés), alors que celui-ci aurait dû comporter des réserves sur l'état, la qualité ou la quantité de la marchandise qui y est décrite.

245. Malgré les soupçons qui pèsent sur cette pratique, la Convention de Bruxelles ne s'en est pas occupée. Par conséquent, le transporteur peut exiger du chargeur la délivrance d'une lettre de garantie.

Alors que la Convention de Bruxelles de 1924 n'a rien prévu concernant celles-ci, les Règles de Hambourg prévoient que : « toute lettre de garantie ou tout accord par lequel le chargeur s'engage à indemniser le transporteur de tout préjudice résultant de l'émission par le transporteur, ou par une personne agissant en son nom, d'un connaissance sans réserve quant aux indications fournies par le chargeur pour mention au connaissance ou à l'état apparent des marchandises, est sans effet à l'égard de tout tiers, y compris un destinataire, à qui le connaissance a été transmis »⁴⁵⁹. Elles ajoutent toutefois que la lettre de garantie est valable à l'égard du chargeur, sauf « lorsque le transporteur ou la personne agissant en son nom, en s'abstenant de faire les réserves visées au paragraphe 2 du présent article, a l'intention de léser un tiers, y compris un destinataire, qui agit en se fondant sur la description des marchandises données au connaissance »⁴⁶⁰. Dans ce cas le transporteur n'a droit à aucune indemnisation du chargeur, mais il est, tout comme dans la loi française, déchu du bénéfice de la limitation de responsabilité.

Ce devoir de sincérité du chargeur a pour corollaire l'obligation pour le transporteur de ne pas abuser du mécanisme des réserves.

b) Les réserves faites au connaissance

246. Le connaissance, qu'il ait été établi directement par le transporteur ou rédigé par le chargeur, reste malgré tout la consignation par écrit des énonciations du chargeur quant à la nature, la quantité et la qualité des marchandises. Le transporteur, même prudent, n'a pas toujours la possibilité de vérifier les déclarations des chargeurs : que ce soit parce qu'il transporte des marchandises en vrac mais surtout bien plus souvent parce que la rapidité des opérations maritimes ne lui permet pas de faire des vérifications minutieuses qui immobiliseraient trop longtemps le navire, ce d'autant plus que ces vérifications se font en

⁴⁵⁹ Article 17-2 des Règles de Hambourg.

⁴⁶⁰ Article 17-3 des Règles de Hambourg.

principe au port de débarquement et non à celui d'embarquement. Il est alors permis au transporteur de prendre des réserves dans le connaissance.

Malgré tout, tirant les enseignements de la pratique passée⁴⁶¹ et afin d'éviter que la prolifération de réserves non fondées détruise la portée du connaissance en tant qu'il atteste la prise en charge par le transporteur, la Convention de Bruxelles de 1924 permet de contrôler la validité de l'insertion de telles réserves.

247. La doctrine classe les réserves rencontrées dans la pratique en deux types : les réserves « génériques » et celles « circonstanciées »⁴⁶². Celles « génériques »⁴⁶³ sont le plus souvent des clauses de style par lesquelles le transporteur cherche à montrer qu'il doute de l'exactitude des déclarations du chargeur quant à la marchandise ou en tout cas prétend qu'il n'a pas pu les contrôler. Celles « circonstanciées » sont comme leur nom l'indique des réserves dans lesquelles le transporteur fait apparaître les raisons précises qu'il a de douter des déclarations du chargeur, ou alors ce sont des réserves qui décrivent précisément l'état de la marchandise.

248. La Convention de Bruxelles s'agissant de cette question des réserves prévoit qu'« aucun transporteur, capitaine ou agent du transporteur ne sera tenu de déclarer ou de mentionner, dans le connaissance, des marques, un nombre, une quantité ou un poids dont il a une raison sérieuse de soupçonner qu'ils ne représentent pas exactement les marchandises actuellement reçues par lui, ou qu'il n'a pas eu des moyens raisonnables de vérifier »⁴⁶⁴. Dès lors on peut tout de suite souligner que les réserves « circonstanciées » sont valables, le transporteur étant même tenu de les faire figurer au connaissance lorsqu'il existe des éléments objectifs permettant de douter des énonciations du chargeur.

La Convention de Bruxelles avait comme objectif de restaurer la sécurité juridique et la valeur des connaissances⁴⁶⁵. Si le premier cas de réserves prévu par la Convention ne semble pas poser de problèmes⁴⁶⁶ au regard de cet objectif, on peut en revanche se poser la question de la légitimité des réserves qualifiées par la doctrine de « génériques ». En effet, la Convention prévoit le cas dans lequel le transporteur n'aurait pas eu de moyens raisonnables de vérifier le chargement. La sous-commission de la Conférence diplomatique de Bruxelles du 26 octobre

⁴⁶¹ Cf. introduction : la pratique des clauses « said to contain » ou « said to be » supra n° 15.

⁴⁶² Antoine Vialard, *Droit maritime*, op. cit. n° 442 et s.

⁴⁶³ Dans cette acception, le terme générique est à opposer à spécifique. Il s'agit donc de réserves générales faites systématiquement par le transporteur.

⁴⁶⁴ Article 3-3 c.

⁴⁶⁵ Elle portait sur eux car il s'agit de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance.

⁴⁶⁶ Celui dans lequel le transporteur aurait de sérieuses raisons de douter de l'exactitude des déclarations du chargeur.

1922 avait fait la déclaration suivante : « les clauses poids inconnues, environ et similaires ne peuvent être insérées que si le propriétaire du navire n'a pas de moyens raisonnables de contrôler la cargaison reçue par lui »⁴⁶⁷. Il est possible de déduire de cette formulation que si, d'après les circonstances, il y a impossibilité pratique de vérification⁴⁶⁸, cela suffit à légitimer les réserves sans qu'il importe que les circonstances fassent ou non naître dans l'esprit du capitaine un soupçon précis et déterminé sur l'exactitude des déclarations du chargeur⁴⁶⁹.

La formulation imprécise de la Convention pourrait être interprétée comme permettant les réserves « génériques ». Cependant la Convention de 1924, comme il l'a déjà été expliqué, avait comme ambition de lutter contre cette pratique. Très logiquement la Cour de cassation interprète la Convention de Bruxelles sur ce point en considérant que l'absence de motivation des réserves « génériques » les privent de toute efficacité juridique⁴⁷⁰.

Lorsque des réserves ont été insérées et que celles-ci sont valables, elles diminuent la force probante du connaissance, son efficacité économique, et vont lui enlever sa valeur de titre sûr. En effet, les réserves « démontrent a priori que les indications fournies par le chargeur ne correspondent pas à la réalité, ou que la marchandise présente des défauts apparents au moment de leur prise en charge »⁴⁷¹.

Les deux Protocoles modificatifs de la Convention de Bruxelles de 1924 n'ont pas réformé cette question des réserves, par contre les Règles de Hambourg ont modifié le régime institué en 1924.

249. En effet, les Règles de Hambourg précisent à l'article 16 que « si le connaissance contient des indications particulières concernant la nature générale, les marques principales, le nombre de colis ou de pièces ou le poids ou la quantité des marchandises dont le transporteur ou la personne qui émet le connaissance en son nom sait ou a des raisons de soupçonner qu'elles ne représentent pas exactement les marchandises qu'il a effectivement prises en

⁴⁶⁷ Ripert, *La conférence diplomatique de Bruxelles 1922*, Dor 1922, t. II, p. 64.

⁴⁶⁸ Que cette impossibilité de moyens de contrôle suffisant soit physique, matérielle ou de nature commerciale : le transporteur ne peut pas consacrer la majorité de son temps à exercer des contrôles (Cour d'appel de Paris 19/06/1990 : « Shipper's load and count »)

⁴⁶⁹ Komala Kamalanavin, thèse pour le doctorat en droit, *L'unification internationale des règles en matière de connaissance*, Université de Montpellier, 1942, p. 129 et s.

⁴⁷⁰ Cass. Com. 22/02/1983, DMF 1984, p.137 et Bull. transp. 1983, p. 587. Il faut d'ailleurs souligner sur ce point que la jurisprudence est assez sévère car même en cas d'un conteneur remis déjà empoté, plein et plombé au transporteur maritime, celui-ci a toujours « des moyens raisonnables de vérifier » puisque le transporteur est incontestablement en droit, de déplomber, d'ouvrir le conteneur, et de le dépoter afin d'en vérifier le contenu. Il semble de même que l'argument fondé sur l'impossibilité d'effectuer un contrôle du fait de la rapidité du chargement des navires porte-conteneur ne soit pas non plus recevable. Pourtant une vérification systématique des conteneurs au-delà d'évidents problèmes matériels affecterait aussi la rentabilité de ce mode de transport. Il apparaît ainsi que le dispositif de la Convention de Bruxelles de 1924 n'est pas adapté aux transports de conteneurs. Pierre Bonassies et Christian Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ Paris, 2006, n° 975, p. 624.

⁴⁷¹ Antoine Vialard, *Droit maritime*, op. cit. n° 442.

charge ou, si un connaissance « embarqué » a été émis, les marchandises qu'il a effectivement mises à bord ou s'il n'a pas eu des moyens suffisants de contrôler ces indications, le transporteur ou ladite personne doit faire dans le connaissance une réserve précisant ces inexactitudes, la raison de ses soupçons ou l'absence de moyens de contrôle suffisants. ».

Les Règles de Hambourg admettent ainsi de façon plus nette la possibilité pour le transporteur d'émettre des réserves sur le connaissance s'il n'a pas eu les moyens de contrôler la véracité de ses mentions. En effet, la Convention de Bruxelles ne prévoit pas la possibilité de faire des réserves, mais seulement celle « de ne pas mentionner dans le connaissance les indications dont il avait une raison sérieuse de soupçonner... ».

Les Règles de Hambourg sont sans ambiguïté sur ce point. On garde ici les deux mêmes hypothèses. Cependant ici le transporteur émettant des réserves doit préciser les soupçons et les inexactitudes ainsi que les raisons de son absence de moyens de contrôle suffisants. Le Professeur Bonassies voit dans ces nouvelles dispositions une possible admission de ces réserves « génériques » car il estime que « la règle nouvelle devrait permettre aux transporteurs de se libérer dans nombre de cas de la jurisprudence rigoureuse qui, pour les transports soumis à la Convention de 1924 ou aux lois nationales qui s'en inspirent, nie tout effet aux réserves, et notamment à la réserve said to contain portée sur les connaissances couvrant le transport d'un conteneur, même empoté par le « chargeur » »⁴⁷².

L'opinion du Professeur Bonassies peut, sur ce point, paraître contestable car les Règles de Hambourg spécifient que, pour être valables, les réserves doivent préciser les « inexactitudes, la raison de ses soupçons ou l'absence de moyens de contrôle suffisants »⁴⁷³. Il en ressort que si les réserves génériques sont valables elles doivent être motivées, c'est-à-dire accompagnées des raisons qui, en fait, les transforment en réserves « circonstanciées »⁴⁷⁴ (on conçoit cependant bien toutes les difficultés à contrôler l'état de marchandises placées dans des conteneurs).

Ce qui est surtout notable dans les Règles de Hambourg, c'est la valeur du connaissance en l'absence totale de réserves, ou si celles-ci ne sont pas valables. Les mentions du connaissance ont dans ce cas une force probante beaucoup plus forte encore que celle qui est la leur sous le régime de la Convention de 1924. Les Règles de Hambourg ignorent les dispositions qui, dans la Convention de 1924, dégagent toute responsabilité pour le

⁴⁷² Pierre Bonassies, *La Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer*, in *Vingt ans de conventions internationales importantes*, Annales de l'IMTM 1996, IMTM Marseille 1996, p. 73.

⁴⁷³ Article 16-1 des Règles de Hambourg.

⁴⁷⁴ Antoine Vialard, *Droit maritime*, op. cit. , n° 442.

transporteur en cas de fausse déclaration volontaire de la nature ou de la valeur de la marchandise. En revanche, seul le destinataire « qui a agi de bonne foi en se fondant sur la description des marchandises donnée au connaissance » peut se prévaloir de la valeur absolue des mentions du dit connaissance⁴⁷⁵.

250. Pour que cette étude comparative des principales distinctions qui existent en matière de document de transport maritime de marchandises⁴⁷⁶ soit complète il faut se pencher sur les fonctions du connaissance et les substituts qui peuvent exister à celui-ci.

c) Les fonctions du connaissance

251. Les Conventions internationales ne mentionnant pas les fonctions du connaissance, elles sont par conséquent les mêmes.

La doctrine s'accorde à reconnaître au connaissance trois ou quatre fonctions.

La première est celle de reçu des marchandises. Cette fonction historique fait du connaissance, ainsi qu'il l'a déjà été dit, un document dans lequel le transporteur ou son représentant reconnaît avoir reçu la marchandise qui y est décrite, en vue de son transport maritime.

La seconde fonction du connaissance c'est d'être la preuve du contrat de transport qui est utilisé pour formaliser l'accord des volontés quant au transport convenu. C'est un instrument écrit servant à prouver l'accord des volontés.

Sa troisième fonction, qui est celle-là beaucoup plus originale, est celle de titre représentatif de la marchandise. Les marchandises qu'il décrit s'incorporent au titre au point que la possession du connaissance équivaut à la possession de la marchandise elle-même, d'où cette idée que sa transmission transfère la possession de la marchandise. Cette transmission est d'autant plus appréciable qu'elle permet de réaliser des opérations juridiques sur la marchandise alors que celle-ci est embarquée ou en cours de transport.

Une partie de la doctrine déduit de cette fonction du connaissance une autre qui serait celle d'instrument du crédit documentaire⁴⁷⁷. Cette pratique courante dans les ventes internationales de marchandises met en rapport un acheteur importateur qui va demander à sa banque d'ouvrir un crédit correspondant au prix du contrat pour le compte du vendeur exportateur. La

⁴⁷⁵ Pierre Bonassies, *L'entrée en vigueur des Règles de Hambourg*, Annales de l'IMTM 1992, IMTM Marseille 1993, p. 91.

⁴⁷⁶ Dans les grandes Conventions internationales applicables.

⁴⁷⁷ C'est par exemple le cas d'Antoine Vialard, *Droit maritime*, PUF Paris, 1997, n° 439 et s. et spé. n° 450, p. 388. A la différence de Messieurs Rodière et du Pontavice qui reconnaissent au connaissance seulement trois fonctions : *Droit maritime*, op. cit., n° 345 et s., p. 322 et 323.

banque émettrice va alors émettre une lettre de crédit précisant les modalités selon lesquelles le crédit sera débloqué pour le vendeur. Dans ce mécanisme, le connaissement joue un rôle important puisqu'il démontre, s'il est embarqué, que le vendeur a réellement procédé à l'expédition des marchandises. Il démontre aussi, lorsqu'il est net, et en général il le sera, car s'il contient des réserves il a toutes les chances de ne pas être accepté par la banque, que cette marchandise a été embarquée en bon état et pour la quantité désirée.

d) Les substituts du connaissement

252. Cet examen des substituts du connaissement ne doit pas faire oublier que le connaissement continue à occuper un rôle essentiel dans le transport maritime moderne même si le Professeur Tassel a pu en dire que « de même que le règne de l'effet de commerce est mis à mal, celui du connaissement paraît singulièrement chanceler... ».

En effet, la Convention de Bruxelles de 1924⁴⁷⁸ et les Règles de Hambourg⁴⁷⁹ imposent au transporteur d'émettre un connaissement dès réception de la marchandise ou dès sa prise en charge, sur demande du chargeur. Il faut en déduire que si celui-ci ne réclame pas ce titre, le transporteur n'est pas tenu de le lui remettre spontanément. Les parties au transport peuvent ainsi s'entendre pour qu'un autre document que le connaissement soit utilisé.

253. Un de ceux imaginés par la pratique est la lettre de transport maritime⁴⁸⁰ qui est une forme documentaire nouvelle qui permet de retirer la marchandise sans que les documents les accompagnant n'aient à être présentés au transporteur. Cette lettre de transport maritime n'est pas valable si a été émis un connaissement ou un document similaire formant titre. D'autre part, à la différence du connaissement, elle n'est pas un document représentant la marchandise mais seulement un document faisant preuve du contrat de transport et de la prise en charge de la marchandise.

254. Outre la lettre de transport maritime, citons les documents informatisés qui sont de plus en plus employés et qui permettent la transmission instantanée d'informations mais peuvent soulever d'évidents problèmes de preuve. C'est pourquoi même si la production d'un écrit n'est pas une condition de validité du contrat de transport maritime international, celui-ci donnera le plus souvent lieu à la rédaction d'un connaissement.

⁴⁷⁸ « Après avoir reçu et pris en charge les marchandises, le transporteur ou le capitaine ou agent transporteur devra, sur demande du chargeur, délivrer au chargeur un connaissement ... », article 3-3 de la Convention de Bruxelles.

⁴⁷⁹ « Lorsque les marchandises sont prises en charge par le transporteur ou le transporteur substitué, le transporteur doit, sur demande du chargeur, émettre un connaissement ». Article 14-1 des Règles de Hambourg.

⁴⁸⁰ Cf. infra n° 602.

Après la prise en charge et l'éventuelle délivrance d'un document de transport, s'opère la phase d'exécution du contrat de transport dont l'aboutissement est la livraison.

B - Les obligations des parties au cours du contrat et la livraison

255. Cette étude des obligations des parties (1) permettra de déterminer le contenu du contrat de transport qui prend fin par la livraison de la marchandise (2).

1) Les obligations des parties au cours du contrat

256. Le contrat de transport de marchandises par mer est un contrat synallagmatique, chacune des parties a l'une envers l'autre des obligations. Il va s'agir ici d'étudier les obligations du transporteur. Celles du chargeur sont peu nombreuses : il est possible de citer l'obligation au fret qui est fixée dans le contrat et qui est la contre-partie du service rendu par le transporteur. Il y a aussi celle de présenter la marchandise aux temps et lieu convenus et celle de renseignement sur la nature de la marchandise.

257. Les obligations du transporteur sont elles beaucoup plus nombreuses.

S'agissant de la Convention de Bruxelles, elles sont contenues dans l'article 3 : « 1 Le transporteur sera tenu avant et au début du voyage d'exercer une diligence raisonnable pour :

- a) mettre le navire en état de navigabilité ;
- b) convenablement armer, équiper et approvisionner le navire ;
- c) approprier et mettre en bon état les cales, chambres froides et frigorifiques, et toutes autres parties du navire où des marchandises seront chargées, pour leur réception, transport et conservation. ».

En ce qui concerne ses obligations relatives au navire, il a l'obligation de faire diligence avant et au début du voyage pour mettre le navire en bon état de navigabilité. Cette obligation est temporaire. En effet, si le navire devient innavigable en cours de voyage, le transporteur ne pourra se le voir reprocher.

A propos des obligations du transporteur relatives au voyage, les règles applicables sont à rechercher dans la pratique. En principe, s'agissant de la route à suivre, le transporteur devrait transporter la marchandise au lieu de destination indiqué par le connaissement « en droiture », c'est-à-dire en suivant la route habituellement suivie et dans les meilleurs délais. En réalité au vu de la nature spécifique du transport maritime et des risques inhérents à ce type de transport, les connaissements assouplissent la règle et laissent au transporteur toute liberté : c'est-à-dire

celle de faire tous les détours et toutes les escales qu'il jugera nécessaire sans que cela engage sa responsabilité, sauf à prouver qu'un éventuel déroutement soit fautif ou ait occasionné des dommages à la marchandise.

Au sujet maintenant des obligations du transporteur relatives à la marchandise, la Convention de Bruxelles précise : « le transporteur, ..., procédera de façon appropriée et soigneuse au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde, aux soins et au déchargement des marchandises transportées. »⁴⁸¹.

Le chargement incombe de ce fait au transporteur, précisons tout de même que le coût du chargement pourra être supporté par le chargeur s'il en est convenu ainsi.

Le transporteur est aussi responsable de l'arrimage. Cette opération importante porte sur les marchandises transportées en cale et assure la stabilité du navire. A propos d'arrimage en pontée⁴⁸², la Convention de Bruxelles de 1924 ne s'applique pas au chargement en pontée si le chargeur y a consenti⁴⁸³.

Le transporteur doit aussi soigner la cargaison. Ces soins dépendent de la nature de la cargaison et de la convention des parties. Il faut toutefois préciser que, pour un transport de marchandises spécifiques tels que le transport d'animaux vivants ou celui de marchandises dangereuses, les Règles de Hambourg contiennent des dispositions spéciales précisant le contenu de l'obligation de soin du transporteur.

La Convention de Bruxelles énumère les différentes étapes au cours desquelles le transporteur a des obligations vis-à-vis du chargeur. Il n'existe aucun texte analogue dans les Règles de Hambourg, comme le souligne le Professeur Bonassies⁴⁸⁴ : « c'est seulement par un raisonnement inductif que les tribunaux pourront conclure que, pour les Règles comme pour la Convention de 1924, une obligation générale de diligence et de soin pèse sur le transporteur ». Cet oubli ou indifférence des rédacteurs des Règles de Hambourg quant à la question des obligations du transporteur pour curieux qu'il soit⁴⁸⁵, ne sera pas sans entraîner des conséquences sur les obligations du transporteur qui sera tenté de se dispenser d'une partie des obligations qui lui incombaient d'après la rédaction de la Convention de Bruxelles

⁴⁸¹ Article 3-3.

⁴⁸² Le fait de placer la marchandise sur le pont.

⁴⁸³ Article premier, définition du terme marchandise. Il en résulte a contrario que la Convention de Bruxelles s'applique en cas de pontée irrégulière. C'est ce qu'a considéré la Cour de cassation « l'arrêt relève que le transporteur a chargé le conteneur en pontée sans autorisation préalable du chargeur, ni avis destiné à le susciter et que le conteneur a été perdu en mer au cours du voyage ; il en résulte que la Convention de Bruxelles est la seule applicable en cause », Cass. com. 29/04/2002, DMF 2003, 377, obs. Raymond Achard.

⁴⁸⁴ Pierre Bonassies, *L'entrée en vigueur des Règles de Hambourg*, op. cit. , p. 92.

⁴⁸⁵ Il a en effet été vu que cette Convention internationale avait été souhaitée et rédigée sous l'impulsion de pays en développement (groupe des 77) soucieux de restaurer les droits des chargeurs.

de 1924.

258. Malgré tout, il faut souligner que les Règles de Hambourg constituent un progrès dans le domaine du transport en pontée puisqu'elles précisent d'abord les cas dans lesquels un transporteur est autorisé à transporter les marchandises en pontée : « le transporteur n'est autorisé à transporter les marchandises en pontée que si ce transport est effectué conformément à un accord avec le chargeur ou aux usages du commerce considéré ou s'il est exigé par la réglementation en vigueur. »⁴⁸⁶. Ensuite, elles distinguent trois situations : celle dans laquelle le transport en pontée est régulier⁴⁸⁷ ; celle dans laquelle il est « simplement » irrégulier c'est-à-dire les cas dans lesquels le transporteur avait mis une marchandise en pontée alors qu'il n'y était pas autorisé⁴⁸⁸ ; puis celle où il y a une pontée « gravement » irrégulière, c'est-à-dire que malgré une mention expresse du chargeur selon laquelle la marchandise en cause devait être transportée en cale, celle-ci l'a été en pontée⁴⁸⁹.

A l'arrivée du voyage, le transporteur doit procéder au désarrimage et au déchargement, ceux-ci doivent en principe, sauf usage différent du port ou spécification particulière dans la convention, suivre les mêmes processus juridiques et matériels que ceux reconnus au départ pour le chargement et l'arrimage.

Le désarrimage et le déchargement ne mettent pas fin au contrat de transport. Il reste encore la livraison à effectuer.

2) La livraison

259. Comme il l'a déjà été dit, c'est l'opération juridique qui marque la fin du contrat de transport au cours de laquelle le transporteur remet à l'ayant droit, qui l'accepte, la marchandise qu'il a transportée.

260. Celle-ci, selon la Convention de 1924, ne peut intervenir avant la fin des opérations de déchargement⁴⁹⁰ qui marquent la fin du régime impératif mis en place par elle. La Convention couvre « le temps écoulé depuis le chargement des marchandises à bord du navire jusqu'à leur

⁴⁸⁶ Article 9.

⁴⁸⁷ Dans ce cas, la responsabilité du transporteur sera appréciée en fonction des risques particuliers de ce type d'arrimage, article 9-3.

⁴⁸⁸ Dans ce cas il sera responsable des risques particuliers tenant à la pontée.

⁴⁸⁹ Dans ce cas il sera responsable des risques inhérents à la pontée mais de surcroît déchu de la limitation de responsabilité.

⁴⁹⁰ Ces opérations incombent au transporteur de façon inéluctable par l'effet du contrat de transport.

déchargement du navire »⁴⁹¹. La livraison peut cependant, en vertu des dispositions de la convention conclue entre les parties, intervenir plus tard.

261. Les Règles de Hambourg couvrent elles aussi la phase de la livraison qui marque la fin de l'application impérative de la Convention : « dans la présente Convention, la responsabilité du transporteur en ce qui concerne les marchandises couvre la période pendant laquelle les marchandises sont sous sa garde au port de chargement, durant le transport et au port de déchargement »⁴⁹². Les Règles de Hambourg jouant par conséquent de la prise en charge jusqu'à la livraison, cette livraison finale pouvant s'effectuer, il faut le préciser, en un lieu éloigné du port de déchargement. La livraison, dans les Règles de Hambourg, peut se faire en mettant la marchandise à disposition du destinataire « conformément au contrat ». Il n'y a donc pas, à l'inverse de la Convention de 1924, de disposition dans les Règles de Hambourg imposant impérativement au transporteur d'assurer le déchargement des marchandises. Il est dès lors possible de craindre la réapparition de clauses prévoyant que la livraison s'effectuera une fois les panneaux de cale ouverts, le déchargement se faisant pour le compte et aux risques du destinataire.

Cette étude de l'économie du contrat de transport maritime de marchandises tel qu'il est régi par les Conventions internationales applicables a permis de mettre en lumière des différences entre les règles prévues par celles-ci qui sont autant de concurrence de règles matérielles et de ce fait, autant d'enjeux du conflit de Conventions. Malgré tout c'est dans le régime de responsabilité du transporteur, enjeu fondamental de la réglementation du transport maritime, que l'on trouve les plus grandes divergences entre les Conventions maritimes internationales.

C - La responsabilité du transporteur

262. La question de la responsabilité du transporteur en cas de perte, dommage ou retard occupe une place prédominante dans les Convention internationales applicables en cas de transport maritime de marchandises. L'économie de ce régime est différent dans la Convention de Bruxelles (1), celle-ci modifiée (2 et 3) et les Règles de Hambourg (4).

1) La Convention de Bruxelles de 1924

⁴⁹¹ Définition donnée par la Convention de Bruxelles de 1924 du terme « transport de marchandises », article 1-e.

⁴⁹² Article 4-1.

263. S'agissant d'abord de la Convention de Bruxelles de 1924, celle-ci établit un système impératif de responsabilité. Le principe est posé dans les deux paragraphes de l'article 3. Le premier définit la diligence due par lui, le second, l'ordre des obligations qu'il assume. L'article 4 contient la clef de voûte de la construction de la Convention de Bruxelles en matière de responsabilité en disposant que : « ni le transporteur ni le navire ne seront responsables des pertes ou dommages provenant ou résultant de l'état d'innavigabilité, à moins qu'il ne soit imputable à un manque de diligence raisonnable de la part du transporteur à mettre le navire en état de navigabilité ou à assurer au navire un armement, équipement ou approvisionnement convenables ou à approprier et mettre en bon état les cales, chambres froides et frigorifiques et toutes autres parties du navire où des marchandises sont chargées, de façon qu'elles soient aptes à la réception au transport et à la préservation des marchandises... ».

On se trouve ici confronté au système de la « due diligence », système de responsabilité d'inspiration anglo-saxonne proche de notre notion de « bon père de famille » dans lequel un transporteur moyennement diligent, ayant satisfait à ses obligations pour assurer la navigabilité de son bâtiment, ne sera pas responsable des pertes dues à un état d'innavigabilité survenant postérieurement. En ce qui concerne cette diligence, celle-ci doit être raisonnable. Elle s'apprécie de « façon humaine »⁴⁹³. Ce n'est pas une « absolute diligence ».

264. Le transporteur est, cependant, a priori responsable⁴⁹⁴. C'est ce qui résulte d'une lecture a contrario des dispositions de la Convention⁴⁹⁵. Il ne peut s'exonérer qu'en établissant un cas d'exonération, tout en ayant fait au préalable la preuve qu'il a exercé la diligence requise par l'article 3-1⁴⁹⁶. La Convention fait peser sur le transporteur maritime une présomption de responsabilité. Celui-ci est de plein droit tenu pour responsable de toute perte ou avarie constatée à la livraison et, ce même, si l'origine des dommages ne peut être déterminée⁴⁹⁷. L'absence de faute du transporteur maritime ne constitue pas, en soi, une circonstance exonératrice de la responsabilité. La démonstration que la cause du dommage est inconnue n'a pas pour effet de supprimer la responsabilité (le transporteur maritime est ainsi responsable des dommages d'origine inconnue).

⁴⁹³ René Rodière, *Traité général de droit maritime*, 1968 Dalloz Paris, tome II, n° 753

⁴⁹⁴ La présomption de responsabilité va durer depuis la prise en charge de la marchandise jusqu'à sa livraison.

⁴⁹⁵ L'article 4-1et 4-2 précise que dans tel ou tel cas « ni le transporteur ni le navire ne seront responsables... » ce qui suppose qu'ils le seront dans les cas contraires.

⁴⁹⁶ Cette seconde fonction de la due diligence, bien qu'elle ne résulte pas clairement de la Convention de Bruxelles, est affirmée avec force par la jurisprudence anglaise et américaine.

⁴⁹⁷ CA de Paris, 5ème Chbre, 27/11/1996, *Atlantic Container Line c/ Réunion Européenne*, Lamyline

En cas de pertes ou d'avaries survenues au cours du transport, le transporteur doit rapporter une double preuve pour faire tomber la présomption de responsabilité qui pèse sur lui. Il doit d'abord établir l'existence d'une des causes d'exonération admises par la loi ou la Convention, ce qui est classique. Ensuite il doit aussi établir qu'un lien de causalité existe entre la cause d'exonération et le dommage⁴⁹⁸. Cette double exigence probatoire est posée très clairement par la Cour de cassation⁴⁹⁹.

265. La Convention de Bruxelles de 1924 établit une liste de cas dans lesquels le transporteur est exonéré de sa responsabilité : elle en énumère 17⁵⁰⁰.

A cela, il faut ajouter un autre cas d'irresponsabilité du transporteur contenu à l'article 4 paragraphe 2 lettre Q. Selon cette disposition ni le transporteur ni le navire ne seront responsables « de toute autre cause ne provenant pas du fait ou de la faute du transporteur ou du fait ou de la faute des agents ou préposés du transporteur, mais le fardeau de la preuve incombera à la personne réclamant le bénéfice de cette exception et il lui appartiendra de montrer que ni la faute personnelle, ni le fait du transporteur, ni la faute ou le fait des agents ou préposés du transporteur n'ont contribué à la perte ou au dommage ». Ce cas excepté plus général mais « innomé » a fait l'objet des plus vives critiques, Rodière allant même jusqu'à le qualifier de « monstre juridique troublant nos esprits latins »⁵⁰¹. Effectivement, dans les 17 cas énumérés par l'article 4, le transporteur se libérait en établissant l'origine précise du dommage et en montrant que cette origine relevait de l'un des cas précis énoncés comme cause de libération. Par contre, avec ce cas excepté général, il lui suffit de démontrer qu'il n'a pas commis de faute et que le dommage ne suppose pas qu'une faute ait été commise par lui ou un de ses préposés. Cette disposition est en effet troublante dans un système qui repose sur une présomption de responsabilité et dans lequel la question de la faute est inopérante, car dans un tel système il n'est pas possible de s'exonérer de sa responsabilité présumée en démontrant que l'on a pas commis de faute. Si l'on admettait que la responsabilité du transporteur maritime repose sur une présomption de faute, nul besoin d'énoncer des causes particulières d'exonération puisque dans ce cas il pourra démontrer par tout les moyens possibles et imaginables son absence de faute.

266. Il faut alors comprendre l'articulation de ces dispositions de cette façon : si le dommage est dû à l'un des événements énumérés dans les 17 lettres, il est a priori irresponsable. Si le dommage provient d'une autre cause que l'un des faits énumérés et d'un

⁴⁹⁸ CA d'Aix-en-Provence, 2ème Chbre, 31/10/1991, BTL 1992, p. 478

⁴⁹⁹ Cass. Com. 10/07/2001, BTL 2001, p. 544

⁵⁰⁰ Article 4-2 de la Convention de Bruxelles de 1924, cf. note infra-paginale n° 305.

⁵⁰¹ René Rodière, *Traité général de droit maritime*, op. cit. n° 767.

autre événement que le fait ou la faute du transporteur, le transporteur doit montrer que cette autre cause est indépendante de sa faute.

Il en résulte que, dans tous les cas, la libération exige la preuve positive du fait cause du dommage. Si celui-ci ne peut être identifié, la preuve positive de l'absence de faute du transporteur dans la cause du dommage doit être apportée. On pourrait juste s'interroger sur l'intérêt de cette cause d'exonération compte tenu de la longueur de la liste des cas d'exonérations qui semble couvrir toutes les situations possibles. Le transporteur ne trouvera-t-il pas déjà dans la liste des cas exceptés un moyen de s'exonérer ? Il est pourtant possible de trouver des cas qui ne sont pas couverts par l'énumération. Il en est ainsi de l'explosion et du vol. La Cour d'appel de Paris⁵⁰² fait aussi application de cette disposition dans un cas de falsification du connaissance ayant trompé le capitaine qui a livré la marchandise à une personne sans droit.

267. Comme il vient de l'être expliqué, le système de responsabilité établi par la Convention de Bruxelles est complexe, et ce pour une raison principale : il est le résultat d'un laborieux compromis entre les intérêts des armateurs et ceux des chargeurs. Au lieu d'une quasi-absence de responsabilité résultant des clauses exonératoires ou limitatives des connaissances, la Convention est parvenue à établir un système de responsabilité à mi-chemin d'une responsabilité pour faute et d'une présomption de responsabilité ne pouvant être écarté que par la preuve de certains cas « exceptés »⁵⁰³.

Malgré tout, quand le transporteur a établi l'existence de tel ou tel cas excepté, montrant par là même la cause du dommage et par conséquent détruisant la présomption de responsabilité pesant sur lui, sa responsabilité peut encore être recherchée par la victime si celle-ci parvient à démontrer une faute du transporteur qui aurait également contribué au dommage. Il y a ainsi résurrection de la responsabilité du transporteur par la preuve d'une faute. Cette résurrection n'est pas illogique⁵⁰⁴. En effet, dans la chaîne des causes du dommage, le cas excepté constitue en quelque sorte la « *causa proxima* » la cause la plus proche du dommage, mais ce cas excepté peut ne pas être la cause adéquat qui elle se situe en amont du dommage. Cette cause plus lointaine peut être le déclenchement de la cause première. Ainsi la faute du transporteur est venue écarter ou tempérer l'effet des cas exceptés. On a généralement tiré

⁵⁰² Cour d'appel de Paris 22/11/1996, BTL 1996, p. 157.

⁵⁰³ Dominique Puiroux, *La responsabilité contractuelle du transporteur maritime de marchandises et les différents modes de couverture de sa responsabilité*, mémoire de DESS de droit des assurances, Université de Paris II, 1983, p. 20.

⁵⁰⁴ Cours de droit maritime du Professeur Alain Le Bayon, UBO, 2001.

argument des travaux préparatoires de la Convention de 1924⁵⁰⁵ pour asseoir la règle de principe qui ouvre à la victime la preuve qu'une faute a été commise par le transporteur dans l'un des cas excepté.

La jurisprudence montre que les juges n'hésitent pas à écarter le cas d'exonération pour découvrir parallèlement une faute du transporteur⁵⁰⁶.

Lorsque le transporteur ne parvient pas à faire valoir un cas excepté ou si l'ayant droit à la marchandise parvient à prouver que le dommage est réellement dû à une faute inexcusable du transporteur, sa responsabilité est engagée pour les avaries ou pertes subies par la marchandise.

268. La Convention de Bruxelles énonce limitativement les préjudices donnant lieu à réparation par le transporteur maritime : il s'agit des « pertes ou dommages causés aux marchandises ou les concernant »⁵⁰⁷. A ces dommages liés à des avaries ou à des pertes, la Cour de cassation⁵⁰⁸ y ajoute les dommages non matériels comme le retard ainsi que l'expression générale « les concernant » peut l'autoriser.

La Convention laisse cependant au transporteur une dernière possibilité : il s'agit du droit de limiter sa responsabilité. Le transporteur a droit à cette limitation. Il existe quand même une exception de nature conventionnelle lorsque la marchandise voyage sous le régime de la déclaration de valeur⁵⁰⁹. Dans cette hypothèse, en cas d'avaries souffertes par cette marchandise, la responsabilité du transporteur est alors engagée à hauteur de la valeur déclarée. Cela constitue la contrepartie du supplément du fret qui aura été perçu.

269. La Convention de Bruxelles comporte une limitation par colis ou unité : « le transporteur comme le navire, ne seront tenus en aucun cas des pertes ou dommages causés aux marchandises ou les concernant pour une somme dépassant 100 livres sterling⁵¹⁰ par colis ou unité, ou l'équivalent de cette somme en une autre monnaie... »⁵¹¹, la formule la plus favorable au demandeur étant retenue. Toutefois dans l'impossibilité d'utiliser l'une des méthodes de calcul, il convient de retenir l'autre. Ce système fonctionne comme un plafond et non comme un forfait. Si le dommage effectivement causé est inférieur à la limitation légale, le transporteur ne doit réparer que ce dommage. La limitation n'est utile que si le dommage

⁵⁰⁵ René Rodière, *Traité général de droit maritime*, op. cit. , n° 768.

⁵⁰⁶ Cass. Com 18/01/1994, DMF 1994, p. 547.

⁵⁰⁷ Article 4-5.

⁵⁰⁸ Cass. Com 29/05/1990, BTL 1990, p. 585.

⁵⁰⁹ Article 4-5 de la Convention de Bruxelles.

⁵¹⁰ Il s'agit de valeur or, ce qui a donc donné lieu à de savants calculs de la part des tribunaux français (Cour d'appel de Paris 14/02/1966, BT 1966, p. 3549) pour trouver son équivalent en or fin puis son équivalence en franc (indexé par la Banque de France à la suite de la dévaluation du 8 août 1969).

⁵¹¹ Article 4-5.

dépasse le montant de cette limitation, ce qui sera en pratique presque systématiquement le cas.

270. Ce système a été assez rapidement contesté. D'une part, l'unité de base la livre-or n'avait pas de définition légale et d'autre part les chargeurs se sont plaints d'un taux de réparation trop faible et qui ne tenait surtout pas compte de l'évolution des techniques de transport et notamment du développement de la conteneurisation. S'agissant enfin du problème de la prescription des actions en responsabilité, le délai est extrêmement bref puisqu'il est fixé à un an. la Convention fixe son point de départ à la date de délivrance des marchandises ou à la date à laquelle elles eussent dû être délivrées⁵¹².

2) Les modifications apportées à la Convention de Bruxelles par le Protocole de 1968

271. Le Protocole de Visby du 23 février 1968 n'est pas venu réformer en profondeur l'économie des règles sur la responsabilité du transporteur. Il dispose cependant que les exonérations et limitations prévues par la Convention de 1924 sont applicables aux actions fondées sur la responsabilité contractuelle et extra-contractuelle⁵¹³. De même le Protocole stipule que le préposé du transporteur peut se prévaloir des exonérations de responsabilité dont bénéficie le transporteur, à moins que le dommage ne soit imputable à son acte intentionnel ou téméraire. De plus l'ensemble des montants réclamés au transporteur et à ses préposés ne peut excéder la limite prévue par la Convention de 1924⁵¹⁴. Le Protocole de Visby prévoit aussi la possibilité de proroger par un accord des parties la prescription annale qui court au bénéfice du transporteur à compter de la livraison des marchandises. En ce qui concerne les actions récursoires, celles-ci ne sont plus soumises, sous certaines conditions, à cette prescription⁵¹⁵ mais à la « lex fori », tout en précisant que ce délai ne saurait être

⁵¹² « ... En tout cas, le transporteur et le navire seront déchargés de toute responsabilité pour pertes ou dommages, à moins qu'une action ne soit intentée dans l'année de la délivrance des marchandises ou de la date à laquelle elles eussent dû être délivrées... » article 3-6 de la Convention de Bruxelles de 1924.

⁵¹³ « Les exonérations et limitations prévues par la présente Convention sont applicables à toute action contre le transporteur en réparation des pertes ou dommages à des marchandises faisant l'objet d'un contrat de transport, que l'action soit fondée sur la responsabilité contractuelle ou une responsabilité extra-contractuelle », article 3-1 du Protocole.

⁵¹⁴ « L'ensemble des montants mis à la charge du transporteur ou de ses préposés ne dépassera pas dans ce cas la limite prévue par la présente Convention », article 3-3 du Protocole.

⁵¹⁵ « Sous réserve des dispositions du paragraphe 6 bis, le transporteur et le navire seront en tout cas déchargés de toute responsabilité quelconque relativement aux marchandises, à moins qu'une action ne soit intentée dans l'année de leur délivrance ou de la date à laquelle elles eussent dû être délivrées. Ce délai peut toutefois être prolongé par un accord conclu entre les parties postérieurement à l'événement qui a donné lieu à l'action », article 1-2 et « Les actions récursoires pourront être exercées même après l'expiration du délai prévu au paragraphe précédent, si elles le sont dans un délai déterminé par la loi du tribunal saisi de l'affaire. Toutefois, ce délai ne pourra être inférieur à trois mois à partir du jour où la personne qui exerce l'action récursoire a réglé la

inférieur à trois mois⁵¹⁶. La modification essentielle apportée par le Protocole à la Convention de Bruxelles concerne le plafonnement et le mode de calcul de l'indemnisation due par le transporteur.

272. Ici l'unité monétaire de référence n'est plus la livre-or mais le franc-or⁵¹⁷, la limite de responsabilité passe de 100 livres sterling par unité à 10.000 francs par colis ou unité et 30 francs par kilogramme, la plus élevée des deux limites étant applicable⁵¹⁸. Le franc visé par le Protocole est le franc-or qui est une unité consistant en 65,5 milligramme d'or au titre de 900/1000ème d'or fin. Cette référence au franc-or a très vite posé d'énormes problèmes d'interprétation aux tribunaux. En effet, les Etats ont pendant longtemps vécu sous le régime institué par les accords de Bretton-Woods (FMI) selon lesquels chaque monnaie se trouve étalonnée à l'or selon une parité fixe⁵¹⁹. Le calcul de l'indemnité due par le transporteur était donc relativement aisé. Cependant, en 1978, les accords internationaux passés en Jamaïque ont bouleversé cet ordonnancement en abandonnant le rattachement à la monnaie or. Les accords de Jamaïque n'ayant jamais été soumis au Parlement français, les tribunaux se sont trouvés embarrassés pour déterminer ce qui était dû par le transporteur. Il est possible de trouver à ce sujet des solutions divergentes de la jurisprudence⁵²⁰.

273. En revanche, sur un certain nombre de points, le Protocole est plus précis que la Convention dans sa forme originelle puisqu'il précise que la valeur de la marchandise doit être évaluée « au lieu et au jour où elles sont déchargées conformément au contrat, ou au jour et au lieu où elles auraient dû être déchargées ». D'autre part, celui-ci précise ce qu'il faut entendre par unité : « lorsqu'un cadre, une palette ou tout engin similaire est utilisé pour grouper des marchandises, tout colis ou unité énuméré au connaissement comme étant inclus dans cet engin sera considéré comme un colis ou unité au sens de ce paragraphe. En dehors du cas prévu ci-dessus, cet engin sera considéré comme colis ou unité »⁵²¹. Il en résulte que toute

réclamation ou a elle-même reçu signification de l'assignation », article 1-3 du Protocole.

⁵¹⁶ Ce délai de trois mois est celui retenu par la loi française qui fixe son point de départ « à compter du jour de l'exercice de l'action contre le garanti ou du jour où celui-ci aura à l'amiable réglé la réclamation » (article 32-2 de la loi du 18/06/1966).

⁵¹⁷ Le franc utilisé dans le Protocole de Visby est le franc Poincaré.

⁵¹⁸ « A moins que la nature et la valeur des marchandises n'aient été déclarées par le chargeur avant leur embarquement et que cette déclaration ait été insérée dans le connaissement, le transporteur comme le navire, ne seront en aucun cas responsables des dommages des marchandises ou concernant celles-ci pour une somme supérieure à l'équivalent de 10.000 francs par colis ou unité ou 30 francs par kilogramme de poids brut des marchandises perdues ou endommagées, la limite la plus élevée étant applicable », article 2-a du Protocole.

⁵¹⁹ Le franc français valait 180 milligramme d'or et à partir de 1969 160 milligramme d'or.

⁵²⁰ Cf. Cour d'appel de Paris 31/01/1980, BT 1980, p. 315 et 316.

⁵²¹ « Lorsqu'un cadre ou une palette ou tout engin similaire est utilisé pour grouper des marchandises, tout colis ou unité énuméré au connaissement comme étant inclus dans cet engin sera considéré comme un colis ou unité au sens de ce paragraphe. En dehors des cas prévus ci-dessus, cet engin sera considéré comme colis ou unité », article 2-c du Protocole.

unité décrite au connaissement constitue une unité au sens du mode de calcul du plafonnement de l'indemnisation du transporteur. Cette règle apparaît justifiée car le transporteur ne peut être tenu, au delà de ce que l'apparence du cadre indique, que si le connaissement précise son contenu, c'est-à-dire en pratique si le transporteur a pu reconnaître les éléments spécifiés du chargement. En outre le Protocole précise, de façon classique, que la déclaration frauduleuse du chargeur exonère le transporteur de sa responsabilité⁵²².

Un autre changement important amené par le Protocole du 23 février 1968 est l'introduction de la notion de faute inexcusable⁵²³ du transporteur qui permet aux ayants droit de bénéficier d'un dépassement du plafond de responsabilité⁵²⁴ et non plus seulement en cas de déclaration de valeur.

Le dernier apport de ce Protocole est qu'il réserve l'application des Conventions internationales ou lois nationales régissant la responsabilité pour dommages nucléaires⁵²⁵.

Le second Protocole modificatif de la Convention de Bruxelles a lui aussi réformé la responsabilité du transporteur.

3) Les modifications apportées à la Convention de Bruxelles par le Protocole de 1979

274. Le Protocole du 21 décembre 1979 est à son tour venu réformer la Convention de Bruxelles dans sa forme originelle et dans sa forme telle qu'amendée par le Protocole de 1968. Ce nouveau Protocole est venu une nouvelle fois changer l'unité de compte. Désormais le Droit de Tirage Spécial (DTS) remplace les monnaies or dont la conversion n'est plus possible depuis la suppression du rattachement des monnaies à l'or⁵²⁶. Ce Protocole n'apporte de ce fait pas de règles matérielles fondamentalement nouvelles car il se borne à modifier le montant du plafonnement de l'indemnisation due par le transporteur. Le Protocole prévoit que la limite de réparation par colis ou par unité sera de 666,67 DTS et la limite par poids brut de

⁵²² « La déclaration mentionnée à l'alinéa a) de ce paragraphe, insérée dans le connaissement, constituera une présomption sauf preuve contraire, mais elle ne liera pas le transporteur qui pourra la contester », article 2-h du Protocole.

⁵²³ Définition classique de la faute inexcusable adoptée en droit aérien par le Protocole de La Haye pour modifier la Convention de Varsovie en 1955.

⁵²⁴ « Ni le transporteur, ni le navire, n'auront le droit de bénéficier de la limitation de responsabilité établie par ce paragraphe s'il est prouvé que le dommage résulte d'un acte ou d'une omission du transporteur qui a eu lieu, soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit témérement et avec conscience qu'un dommage en résulterait probablement. » (article 2-e du Protocole).

⁵²⁵ « La présente Convention ne porte pas atteinte aux dispositions des Conventions internationales ou des lois nationales régissant la responsabilité pour dommages nucléaires », article 4 du Protocole.

⁵²⁶ En ce qui concerne les pays membres du Fonds Monétaire International.

2 DTS⁵²⁷. Le DTS est ensuite converti en monnaie nationale « ...à une date qui sera déterminée par la loi de la juridiction saisie de l'affaire... »⁵²⁸. Le problème que pose cette disposition est que la loi française est muette sur la question, ce qui donne lieu à une divergence d'interprétation au sein de la jurisprudence française. En effet, certains tribunaux ont opté pour la conversion au jour du paiement⁵²⁹ et d'autres pour la conversion au jour de la décision⁵³⁰.

Il est ici encore spécifié que la limite la plus élevée est seule retenue, dans l'intérêt du chargeur ou de l'ayant droit à la marchandise.

275. Afin de clore cette étude des différentes réformes apportées par ses Protocoles à la Convention de Bruxelles dans sa forme originelle, comparons les plafonds des montants de limite de réparation des transporteurs maritimes selon chacun de ces trois textes afin de prendre toute la mesure des implications de ces textes. Pour une valeur du DTS de 1,41466 Euros⁵³¹, la Convention de Bruxelles prévoit une limitation de responsabilité à 823,970 DTS⁵³² par colis, soit 1.165,6374 Euros. Selon le Protocole de 1968, le montant de la responsabilité est limité à 663,3501 DTS par colis, soit 938,414 Euros et à 1,99005 DTS par kilogramme. Enfin selon le Protocole 1979, la limitation est fixée à 666,67 DTS par colis, soit 943,111382 Euros, et 2 DTS par kilogramme, soit 2,82932 Euros. Il est ainsi extrêmement intéressant de noter, que pour une réparation au colis, il est beaucoup plus intéressant pour des chargeurs ou ayants droits de se prévaloir de l'application de la Convention de Bruxelles dans sa version originelle que de celle de ses versions révisées. Cette constatation est d'autant plus surprenante que les révisions de la Convention ont été faites dans le souci de relever un taux trop faible pour les chargeurs.

4) Les Règles de Hambourg

276. Dans les Règles de Hambourg, le régime de responsabilité est profondément modifié. L'article 5 de la Convention met en place une responsabilité de plein droit. Cette Convention

⁵²⁷ Le DTS est une monnaie internationale fictive dont le cours varie quotidiennement, celui-ci au 5/11/1990 donne une limitation de 4.848 F 804 par colis ou unité et une limitation de 14 F 546 par kilo, pour un cours du DTS de 7 F 27317 (BT 1990, 530), le cours du DTS au 20/04/2007 est de 1 DTS vaut 1,152351 USD. Le cours du DTS figure sur www.IMF.org.

⁵²⁸ Article 2-2 du Protocole.

⁵²⁹ Cour d'appel de Paris, 26/01/1987, DMF 1988, p. 657.

⁵³⁰ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 06/07/1987, Farell lines c/ Commercial Union, Lamyline.

⁵³¹ Valeur du DTS au 24 juillet 2000, source de « L'AGEFI » vendredi 28 juillet 2000, vol. 144, p. 8.

⁵³² 100 livres sterling équivalent à 823,970 DTS : René Rodière, *Droit maritime*, Précis Dalloz Paris, 12ème ed. 1997, p. 381, note 2.

fait disparaître la prolifération des cas exceptés présents dans la Convention de Bruxelles. Il n'en reste plus que deux, l'incendie⁵³³ et l'assistance⁵³⁴, le premier parce qu'il est particulièrement grave en mer et le second pour des raisons humanitaires évidentes.

277. Le régime de responsabilité prévu par les Règles de Hambourg pose lui aussi problème. En effet, l'article sur le « fondement de la responsabilité » du transporteur⁵³⁵ dispose que le « transporteur est responsable du préjudice résultant des pertes ou dommages subis par les marchandises ainsi que du retard à la livraison... ». Il continue en disant « à moins qu'il ne prouve que lui-même, ses préposés ou mandataires ont pris toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement être exigées pour éviter l'événement et ses conséquences »⁵³⁶. Cette disposition laisserait donc à penser que le transporteur pourrait se dégager de sa responsabilité en prouvant son absence de faute. Il s'agirait ainsi d'un régime de responsabilité fondé sur une présomption de faute.

Il faut objecter dès à présent qu'un tel système est exclusif de celui des cas exceptés : on ne peut pas mêler le système de la responsabilité de plein droit avec celui de la présomption de faute⁵³⁷. Le Professeur Tassel analyse le nouveau système comme prévoyant « une responsabilité a priori ; libération a posteriori »⁵³⁸. Une libération qui pour intervenir exige la preuve positive du fait cause du dommage. Ensuite le transporteur doit établir que toutes les mesures ont été prises eu égard à l'événement cause du dommage, c'est-à-dire les mesures raisonnablement exigées. Le Professeur Tassel considère par conséquent que ce régime est plus sévère à propos de la responsabilité du transporteur puisqu'il prévoit effectivement un système général d'exonération mais fait peser sur lui, plus que la preuve de la cause du dommage, la preuve de sa diligence positive compte tenu du fait causal. Lorsque la cause du dommage est inconnue, le Professeur Tassel considère que la responsabilité étant fondée sur une faute présumée, le transporteur ne peut la détruire s'il ne peut expliquer les circonstances de l'évènement causal. Les Règles de Hambourg font alors peser sur le transporteur les conséquences du dommage dont la cause est inconnue.

278. Le Professeur Bonassies ne partage pas cet avis. Selon lui il peut en effet sembler, a priori, que les Règles de Hambourg aggravent la responsabilité du transporteur en éliminant

⁵³³ Article 5-4.

⁵³⁴ Article 5-6.

⁵³⁵ Qui en fait contient le principe de la responsabilité.

⁵³⁶ Article 5-1.

⁵³⁷ Christian Scapel, *Les réformes apportées par les Règles de Hambourg à la responsabilité du transporteur maritime*, in *l'entrée en vigueur des Règles de Hambourg*, IMTM 1992, p. 54 et s.

⁵³⁸ Yves Tassel, *Le régime juridique et la durée de la responsabilité du transporteur de marchandises par mer*, in *Mélanges offerts à Emmanuel Langavant*, L'Harmattan Paris, 1999, p. 415 et s.

des cas exceptés qui lui sont ouverts par la Convention de 1924⁵³⁹. Malgré tout, réserve faite du cas excepté de faute dans la navigation ou l'administration du navire, il avance deux arguments de poids⁵⁴⁰ pour montrer que les textes nouveaux ne sont pas plus favorables au transporteur que les dispositions de la Convention de Bruxelles de 1924.

D'abord, en ce qui concerne les cas exceptés de la Convention de 1924, l'étude de la jurisprudence montre que l'application qui en a été faite par les tribunaux est d'une telle sévérité que les cas où un juge a accepté leur invocation⁵⁴¹ par le transporteur, on aurait abouti à la même solution sur la base des Règles de Hambourg. On aurait alors considéré que le transporteur a fait la preuve qu'il avait pris toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement être exigées. Ensuite le Professeur Bonassies se servant du « consensus » annexé qui dispose que « la responsabilité du transporteur en vertu de la présente Convention est fondée sur le principe de la faute ou de la négligence présumée », en tire la conclusion que cette référence à la faute ou à la faute présumée est de nature à affaiblir le texte des Règles plutôt qu'à en renforcer la rigueur. Il justifie cette opinion par la constatation logique qu'un système de responsabilité fondé sur la faute est beaucoup moins rigoureux pour le débiteur de la responsabilité (le transporteur) qu'un système fondé sur une responsabilité de plein droit, même s'il est assorti de cas exceptés comme l'est la Convention de 1924.

Le Professeur Bonassies considère que, dans certains cas, les Règles de Hambourg permettront aux transporteurs de se dégager de leur responsabilité, alors que, dans des situations identiques, ils auraient été déclarés responsables en application de la Convention de 1924. D'autre part le Professeur Bonassies estime que les chargeurs risquent aussi de pâtir du développement du contentieux que pourra susciter le texte sur l'application et l'interprétation des « mesures qui pouvaient être raisonnablement exigées pour éviter l'évènement », qui permettent de libérer le transporteur. En effet, cette notion de diligence raisonnable⁵⁴² a fait l'objet d'une divergence d'interprétation dans cette matière : faut-il interpréter cette notion de façon rigoureuse, en se livrant à une analyse a posteriori ? Faut-il au contraire l'interpréter de façon moins exigeante ? L'inconvénient étant que dans ce cas le juge ne tiendra pas nécessairement compte des leçons qu'emporte l'évènement cause du dommage.

279. Face à ces incertitudes, il est difficile d'estimer précisément si la Convention des Nations unies de 1978 se révèle plus sévère à l'égard du transporteur ou du chargeur.

⁵³⁹ Pierre Bonassies, *La Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer*, in *Vingt ans de Conventions internationales importantes*, annales de l'IMTM, op. cit. , p. 75.

⁵⁴⁰ Pierre Bonassies, *L'entrée en vigueur des Règles de Hambourg*, annales de L'IMTM, op. cit. p. 94.

⁵⁴¹ Cette sévérité se constate particulièrement pour les cas exceptés de périls de mer, de vice de la marchandise ou de vice du navire.

⁵⁴² Cette notion est directement inspirée du transport aérien et de la Convention de Varsovie.

Il apparaît de ce fait que les tribunaux nationaux, selon l'application qu'ils font des Règles de Hambourg et l'interprétation qu'ils ont de ces dispositions, peuvent favoriser ou défavoriser l'une ou l'autre partie. Au delà des différences notables entre cette Convention et celle de Bruxelles, il apparaît que ces difficultés soulevées ne vont pas dans le sens d'une unification des règles applicables aux transports internationaux de marchandises par mer.

Les Règles de Hambourg modifient d'autre part les dispositions antérieures applicables au transporteur substitué⁵⁴³. Le transporteur originel reste responsable de la totalité du transport, le transporteur substitué étant conjointement et solidairement responsable avec lui du transport qu'il a lui-même effectué.

S'agissant enfin du plafonnement du montant de la réparation due par le transporteur, les Règles de Hambourg n'ont pas effectué de changement fondamental. Elles se bornent à reprendre en la matière les dispositions du Protocole de 1968, augmentant seulement d'environ vingt cinq pour cent⁵⁴⁴ les montants de limitation du Protocole de 1968⁵⁴⁵. Cette limitation atteint 835 DTS par colis ou unité et 2,5 DTS par kilogramme de poids brut de marchandises⁵⁴⁶.

280. Les Règles de Hambourg introduisent certaines modifications essentielles relativement à la prescription. Le délai de prescription de l'action en responsabilité contre le transporteur est porté de un an à deux ans⁵⁴⁷, tandis que le délai de trois jours prévu dans la Convention de 1924 pour les réserves à la livraison en cas de dommages non-apparents⁵⁴⁸ est porté à quinze

⁵⁴³ Il va y avoir un transporteur substitué quand le transporteur contractuel confie tout ou partie du transport à un autre transporteur qui va être le transporteur réel. Le transporteur contractuel est en général un NVOCC. Il s'agit d'un opérateur qui vend du transport maritime à ses clients sans être lui même armateur ou affréteur (Pierre Bonassies et Christian Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ Paris, 2006, n° 951, p. 610). Il conclut un contrat de transport maritime avec un véritable transporteur. Il peut être considéré comme « transporteur » au sens de la loi du 18 juin 1966 puisqu'il « s'engage à acheminer une marchandise déterminée, d'un port à un autre » (article 15) ou au sens des Règles de Hambourg pour lesquelles « le terme transporteur désigne toute personne par laquelle ou au nom de laquelle un contrat de transport de marchandises est conclu avec un chargeur » (article 1-1). En revanche le NVOCC il ne semble pas pouvoir être considéré comme transporteur au sens de la Convention de Bruxelles de 1924 puisqu'elle définit le transporteur comme « le propriétaire du navire ou l'affréteur, partie à un contrat de transport avec un chargeur ».

⁵⁴⁴ Samir Mankababy, *The Hamburg rules on the carriage of goods by sea*, édité par Samir Mankababy, publié pour *The British Institute of International and Comparative Law*, Londres, 1978, M.J. Shah, p. 21.

⁵⁴⁵ Augmentation jugée prudente par le Professeur Bonassies en considération de l'érosion ayant affecté les unités monétaires de 1968 à 1978.

⁵⁴⁶ « La responsabilité du transporteur pour le préjudice résultant des pertes ou dommages subis par les marchandises conformément aux dispositions de l'article 5 est limitée à une somme équivalant à 835 unités de compte par colis ou autre unité de chargement ou à 2,5 unités de compte par kilogramme de poids brut des marchandises perdues ou endommagées, la limite la plus élevée étant applicable », article 6-1-a.

⁵⁴⁷ « Toute action relative au transport de marchandises par mer en vertu de la présente Convention est prescrite si une procédure judiciaire ou arbitrale n'a pas été introduite dans le délai de deux ans », article 20-1.

⁵⁴⁸ « Si les pertes ou dommages ne sont pas apparents, l'avis doit être donné dans les trois jours de la délivrance », article 3-6-2.

jours⁵⁴⁹, et une journée supplémentaire est accordée au destinataire en cas de dommage apparent.

Enfin, les Règles de Hambourg privent de toute efficacité les clauses attributives de juridiction insérées dans un connaissement⁵⁵⁰.

En conclusion, les dispositions des Règles de Hambourg portant sur la suppression des cas exceptés et notamment celui de faute de navigation, la modification des prescriptions, l'augmentation du plafond de responsabilité du transporteur, permettent de mettre en évidence l'enjeu d'un éventuel conflit avec la Convention de Bruxelles dans une de ses différentes versions.

Il est par conséquent possible à ce stade du développement de conclure à la possibilité de conflits entre les Conventions internationales intéressant le transport maritime de marchandises.

⁵⁴⁹ « Lorsque la perte ou le dommage n'est pas apparent, les dispositions du paragraphe 1 du présente article ne deviennent applicables que si l'avis n'est pas donné par écrit dans un délai de 15 jours consécutifs à compter de la date à laquelle les marchandises ont été remises au destinataire », article 19-2 des Règles de Hambourg.

⁵⁵⁰ « Aucune procédure judiciaire relative au transport de marchandises en vertu de la présente Convention ne peut être engagée en un lieu non spécifié au paragraphe 1 et 2 du présent article. La disposition du présent paragraphe ne fait pas obstacle à la compétence des tribunaux des Etats contractants en ce qui concerne les mesures provisoires ou conservatoires », article 21-3 des Règles de Hambourg.

Conclusion du Titre I :

281. En matière de contrats internationaux, il existe naturellement des conflits relatifs à l'application du droit. Ceux-ci doivent être résolus. Pour ce faire il existe deux méthodes : élaborer des règles de conflit de lois ou produire des conventions internationales contenant du droit uniforme. Ces deux méthodes ont été confrontées. S'agissant du transport international de marchandises par mer, c'est la seconde méthode qui a été choisie. Pourtant malgré l'adoption de Conventions internationales en cette matière, il a été démontré que toute hypothèse de conflit de normes n'avait pas disparu.

Ces conflits d'application peuvent intervenir au sein de l'ordre juridique d'un seul Etat si celui-ci a ratifié ou adhéré à des conventions internationales non-compatibles. C'est le conflit de conventions classique défini par Madame Brière : « un conflit de conventions (existe) lorsque deux instruments internationaux sont incompatibles, c'est-à-dire qu'il est impossible pour un Etat lié par ces deux textes conventionnels de respecter l'un sans violer des obligations qui résultent de l'autre »⁵⁵¹.

282. Des conventions internationales peuvent aussi entrer en conflit, lorsqu'au sein d'un ordre juridique une convention internationale que celui-ci a ratifié ou approuvé a vocation à s'appliquer à un litige, mais qu'une autre convention internationale désignée par les parties ou par la règle de conflit du for réclame aussi son application.

Ces hypothèses de conflits soulèvent le problème de la désunification du droit dans l'Etat causée par les Conventions portant sur le transport international de marchandises par mer.

⁵⁵¹ Carine Brière, Thèse pour le doctorat en droit, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ Paris, 2001.

Titre II – La désunification dans l'Etat et par les conventions internationales

283. Les législateurs nationaux ont choisi d'éviter les conflits entre lois nationales en matière de droit du transport maritime international de marchandises en unifiant le droit par le biais de Conventions internationales. Cet objectif, certes louable, n'a toutefois pas été atteint. Plusieurs facteurs sont à l'origine de cet échec, que ce soit le phénomène du développement quantitatif des traités internationaux qui se superposent, se contredisent, ou bien les conflits d'intérêts inhérents à cette matière. Une convention internationale une fois élaborée et adoptée au niveau international doit être appliquée par les Etats membres. L'unification est donc réalisée dans l'Etat. Pourtant l'application de l'outil conventionnel peut poser de nombreuses difficultés. Les textes internationaux portant sur les transports maritimes de marchandises ont des champs d'application qui peuvent se recouper et prévoient des solutions différentes. Ainsi l'existence d'un droit international uniforme, loin de simplifier la situation, engendre de nouvelles difficultés : conflits entre les conventions et interpénétration avec les droits internes. Il est ainsi possible de constater une désunification du droit du transport international de marchandises par mer causée par l'application des conventions internationales par les Etats, celle-ci pouvant engendrer des conflits de lois ou de conventions (chapitre I). Ces conflits sont alors réglés par un retour aux règles de droit international privé du for qui sont des règles nationales. Ces règles permettent-elles de réaliser l'unification du droit du transport international de marchandises par mer que les Conventions internationales n'ont pas pu effectuer ou au contraire aggravent-elles encore la désunification (chapitre II) ?

Chapitre I – La désunification du droit du transport international de marchandises par mer engendrée par la concurrence des Conventions internationales

284. Les Conventions internationales portant sur le droit du transport international de marchandises par mer peuvent engendrer deux types de conflits pour un Etat. Un conflit qui pourrait être qualifié de direct lorsqu'elles entrent en conflit au sein d'un même ordre juridique dans lequel ces Conventions ont la même valeur juridique : il s'agit dans cette hypothèse d'un conflit de Conventions. Il peut s'agir aussi d'un conflit indirect lorsque deux lois ont vocation à s'appliquer à un litige alors qu'une ou plusieurs de ces lois contiennent une règle conventionnelle réclamant son application. Ce cas de conflit sera qualifié de conflit de lois. Il sera fait usage de la méthode des conflits de lois lorsqu'un Etat doit opter pour l'application d'une ou plusieurs conventions en conflit, alors qu'une d'elle au moins, fait partie de son ordre juridique. Dans ce cas, suivant la terminologie de Monsieur Nicolas⁵⁵², il y a un faux conflit de conventions puisque celui-ci a lieu entre deux ordres juridiques dont l'un au moins a intégré une convention internationale qui se veut applicable au litige.

285. Les mécanismes internationaux présents dans les Conventions en cause permettent de régler les hypothèses de conflit de Conventions mais pas celles de conflit de lois (section I). Pour régler les conflits de lois en présence d'une Convention internationale applicable, il sera nécessaire de revenir aux règles du droit international privé (section II).

⁵⁵² Pierre-Yves Nicolas : commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 02/12/1999, DMF 2001, p. 312.

Section I – L’aptitude des mécanismes internationaux à régler la concurrence entre les Conventions

286. Les Conventions internationales portant sur le transport international de marchandises par mer peuvent donner lieu à deux hypothèses de conflits. Il y a d’une part l’hypothèse d’un conflit de Conventions lorsqu’un même Etat a ratifié plusieurs instruments conventionnels incompatibles et que ces instruments ont vocation à s’appliquer à un même litige. Dans cette hypothèse, il y a un conflit au sein de l’ordre juridique du juge. Pour régler un tel conflit le juge français trouvera des solutions dans les Conventions en conflit (paragraphe 1).

287. L’autre hypothèse de conflit auxquelles les Conventions internationales portant sur le transport international de marchandises par mer peuvent donner lieu, c’est celle d’un conflit entre deux ordres juridiques dont l’un au moins a intégré une Convention internationale qui se déclare applicable. Dans ce cas, pour le juge du for, il peut y avoir conflit entre la loi de son Etat (ayant intégré ou non une Convention internationale) et une loi étrangère (ayant intégré une Convention internationale). Il peut aussi y avoir un conflit entre deux lois étrangères (dont une au moins qui a intégré une Convention internationale se déclarant applicable). Dans ces hypothèses, le juge du for, confronté à un conflit de lois, devra le résoudre en ayant recours à ses règles de conflit de lois, ce retour à des solutions nationales illustrant l’incapacité du droit conventionnel à obvier et résoudre les hypothèses de conflit de lois (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – La capacité des mécanismes internationaux à prévenir et à résoudre les conflits de Conventions

288. D’après François Rigaux, « le conflit de conventions implique que plusieurs traités ayant à la fois le même domaine matériel et la même applicabilité dans l’espace contiennent des normes primaires de droit international privé inconciliables »⁵⁵³. La présence de deux Conventions internationales, dont l’une assortie de plusieurs Protocoles, régissant le transport maritime de marchandises, ne serait pas un problème si celles-ci contenaient des instruments internationaux de compatibilité, ou au moins de résolution des conflits. Cette multiplicité des Conventions d’unification du droit substantiel s’étalant sur plus d’un demi-siècle se justifie

⁵⁵³ François Rigaux, *Droit international privé, TI, Théorie générale*, 2^{ème} éd., Larcier Bruxelles, 1987, p. 235.

par le besoin d'adaptation des règles juridiques aux évolutions techniques, économiques et juridiques.

289. Les Conventions qui font l'objet de cette étude contiennent des règles de droit privé. Pourtant, il n'est possible de résoudre le conflit qui les oppose qu'en se servant des règles du droit international public. Ainsi pour résoudre un conflit de conventions internationales, il faudra d'abord rechercher une solution éventuelle dans les conventions internationales elles-mêmes⁵⁵⁴. Le Professeur Lagarde souligne à cet égard que « c'est seulement si l'intention des auteurs de conventions n'est pas décelable ou si les conventions présentent des clauses de compatibilité contradictoires qu'il peut y avoir place pour des règles abstraites de conflit de conventions »⁵⁵⁵. De façon très logique, il faudra rechercher de telles clauses dans les Conventions internationales sur le transport international de marchandises par mer.

290. Les Conventions maritimes peuvent contenir des mécanismes de prévention des conflits qui servent à éviter que d'éventuels conflits de Conventions apparaissent (A). La Convention de Bruxelles contient aussi un mécanisme spécifique d'intégration automatique de ses versions précédentes qui permet d'éviter un conflit entre les différentes versions de celle-ci. Il reste toutefois des hypothèses de conflits potentiels non couvertes par ces mécanismes (B).

A - Les mécanismes de prévention des conflits

291. Pour éviter que les Conventions entrent en conflit, les rédacteurs de celles-ci insèrent des clauses de résolution des conflits qui peuvent être de diverses formes (1). Ce mécanisme prophylactique est-il efficace en matière de droit du transport international de marchandises par mer (2) ?

1) La typologie des clauses de résolution des conflits

292. Ces clauses introduites dans les conventions ont en fait pour but de permettre à un nouveau texte de s'appliquer sans que celui-ci ne soit gêné par un texte antérieur. On trouve ces clauses dès la fin du dix-neuvième siècle. Les rédacteurs des traités internationaux ayant

⁵⁵⁴ Il ne s'agit pas ici d'une étude des clauses de prévention des conflits (cette étude a été réalisée précédemment) mais d'une étude des clauses permettant de résoudre ces conflits.

⁵⁵⁵ Paul Lagarde, RCDI 1982, p. 233.

pris conscience des conflits qui pouvaient intervenir entre ces textes⁵⁵⁶. Celles-ci peuvent prendre différentes formes.

293. Il y a principalement trois catégories de clauses qui peuvent être utilisées pour prévenir un conflit de conventions : il s'agit des clauses d'abrogation, des clauses de compatibilité et des clauses d'incompatibilité.

La première catégorie est constituée des clauses qui de façon pure et simple abrogent des textes antérieurs jugés incompatibles. Les clauses d'abrogation sont très efficaces car, dans ce cas, il n'y aura plus qu'une seule convention qui aura vocation à s'appliquer. Par contre une telle solution n'est possible que si toutes les parties qui avaient adhéré ou ratifié la première optent pour cette solution et adhèrent ou ratifient la seconde. Si tel n'est pas le cas, le texte abrogé pourra rester en vigueur à l'égard d'une des parties. Il y aura alors chevauchement de législation et risque de conflit. Cette solution n'est généralement présente que dans des conventions internationales bilatérales⁵⁵⁷. A côté de ces clauses d'abrogation, il est ensuite possible de trouver les clauses de dénonciation. Celles-ci prévoient que les Etats qui adopteront ou ratifieront la nouvelle convention devront dénoncer les conventions précédentes auxquelles ces Etats étaient parties. Cette clause est efficace à condition qu'elle soit précise et assortie de sanction en cas d'inexécution par un Etat de son obligation de dénonciation. Cette solution n'est pas très répandue car la « dénonciation » tranche le rapport qui avait été établi avec les autres Etats contractants du traité dénoncé. C'est un acte contraire au principe dit de la « comity » internationale⁵⁵⁸.

Une autre technique adoptée est l'utilisation des clauses de compatibilité. Ces clauses visent à permettre la coexistence de plusieurs conventions⁵⁵⁹. Elles réalisent une déclaration de compatibilité qui prévoit que les dispositions de la nouvelle convention doivent s'effacer en cas de conflit avec la précédente. L'avantage de cette solution est que tout en permettant d'adapter ou de moderniser la précédente convention, la seconde n'a pas besoin d'avoir été ratifiée ou approuvée par tous les membres de la première. En cas de conflit entre deux dispositions, c'est la première convention qui prévaudra⁵⁶⁰.

⁵⁵⁶ Conflits appelés incompatibilités.

⁵⁵⁷ C'est le cas de l'article 22 § 2 du Traité de conciliation et d'arbitrage entre la Belgique et la Suède signé à Bruxelles le 30 avril 1926 : « le présent Traité remplacera la Convention d'arbitrage du 30 novembre 1904 ».

⁵⁵⁸ Massimiliano Rimaboschi, *Méthodes d'unification du droit maritime, contribution à l'interprétation uniforme*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit sous la direction de F. A. Quercy, Edizioni Università di Trieste, 2005, p. 142.

⁵⁵⁹ Carine Brière, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, collect. Bibliothèque de droit privé, LGDJ Paris, 2001, n° 53, p. 42.

⁵⁶⁰ Ces clauses de compatibilité établissent « un ordre de priorité favorable » aux autres instruments internationaux qu'elles désignent : Goesel, *Codification du droit international privé et droit des traités (le centenaire de la Conférence de La Haye)*, AFDI 1992, p. 361.

La troisième catégorie est constituée par les clauses d'incompatibilité qui établissent une hiérarchie entre des conventions en conflit. Elles visent à accorder à une des conventions en conflit la priorité. Ces clauses peuvent soit interdire à l'Etat partie à l'instrument d'en conclure de nouveaux, soit exclure l'application de conventions antérieures ou postérieures, et par conséquent faire prévaloir le nouvel instrument⁵⁶¹.

294. De telles clauses sont-elles contenues dans les Conventions internationales sur le transport maritime de marchandises ?

2) L'existence de mécanismes de prévention des conflits dans les Conventions sur le transport international de marchandises par mer

295. La Convention de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance étant la première grande Convention internationale sur le transport maritime de marchandises, elle ne contient pas de clause de compatibilité. Celle-ci aurait été à l'époque inutile.

296. Son premier Protocole modificatif, celui du 23 février 1968⁵⁶², dispose dans son article 4 que « l'article 9 de la Convention sera supprimé et remplacé par la disposition suivante : la présente Convention ne porte pas atteinte aux dispositions des Conventions internationales ou des lois nationales régissant la responsabilité pour dommage nucléaires ». Il s'agit d'une déclaration de compatibilité qui ne fera pas l'objet d'une étude plus approfondie puisqu'elle résout d'éventuels conflits portant sur la responsabilité pour dommages nucléaires, qui ne font pas l'objet de notre étude. Le second Protocole modifiant la Convention de Bruxelles de 1924, du 21 décembre 1979⁵⁶³ ne contient lui aucune clause de compatibilité.

297. S'agissant de la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer du 30 mars 1978⁵⁶⁴, l'article 31 de cette Convention dénommé « dénonciation d'autres conventions » contient une forme de clause de compatibilité car il dispose :

« 1. Au moment où il deviendra Etat contractant à la présente Convention, tout Etat partie à la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance signée à Bruxelles le 25 août 1924 notifiera au Gouvernement belge, en sa qualité de dépositaire de la Convention de 1924, qu'il dénonce ladite Convention, en déclarant que la

⁵⁶¹ De telles clauses peuvent, plus rarement, servir au contraire à favoriser l'autre convention au détriment de la convention dans laquelle la clause est stipulée. Pour une présentation complète de ces clauses, cf. Carine Brière, *op. cit.* p. 31 et s.

⁵⁶² « Règles de Visby ».

⁵⁶³ Protocole DTS.

⁵⁶⁴ Règles de Hambourg.

dénonciation prendra effet à la date à laquelle la présente Convention entrera en vigueur à son égard...

3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article s'appliquent mutatis mutandis aux Etats parties au Protocole, signé le 23 février 1968... ».

Il est de ce fait possible de trouver dans les Règles de Hambourg un exemple de clause de dénonciation qui est simple et radicale puisqu'elle évite à un Etat d'être lié par deux textes contradictoires en l'obligeant à dénoncer les autres textes qui pourraient se trouver en concurrence avec les Règles de Hambourg. Le but poursuivi par les Conventions sur le droit du transport international de marchandises par mer étant l'unification de cette branche du droit, la dénonciation des instruments dépassés semble être un acte normal qui devrait être systématiquement prévu par les instruments plus modernes.

Cet article 31 laisse aux Etats liés par la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1968 un délai transitoire de cinq ans pour ratifier le texte : « 4. Nonobstant les dispositions de l'article 2 de la présente Convention, aux fins du paragraphe 1 du présent article, un Etat contractant pourra s'il le juge souhaitable, différer la dénonciation de la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1968 pendant une période maximum de cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente Convention ».

Cette période transitoire ne présente plus d'intérêt pratique puisque seuls le Liban et l'Egypte avaient notifié au Gouvernement belge leur intention d'en user et que cette période transitoire est achevée⁵⁶⁵. Le débat sur l'interprétation de cet article⁵⁶⁶ pourrait se retrouver d'actualité si un autre pays adhère aux Règles de Hambourg et fait savoir au Gouvernement belge son intention de recourir au délai transitoire.

298. Les Conventions en matière de transport international de marchandises par mer contiennent une seule clause de prévention de conflit. Il faut étudier l'efficacité de cette clause contenue dans les Règles de Hambourg.

L'efficacité de cette clause de compatibilité contenue dans les Règles de Hambourg est déjà réduite du fait qu'elle ne prévoit pas de dénonciation par ses Etats contractants de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 telle que modifiée par le Protocole du 23 février 1968 et par le Protocole du 21 décembre 1979. Cette carence s'expliquant par le fait que les Règles de Hambourg ne pouvaient pas prévoir ce cas d'incompatibilité puisque le Protocole de 1979 leur est postérieur. Cette hypothèse de conflit reste heureusement théorique puisque à l'heure actuelle aucun Etat n'a adhéré aux Règles de Hambourg et à la Convention de

⁵⁶⁵ L'Egypte ayant ratifié les Règles de Hambourg le 23/04/1979 et le Liban y a adhéré le 04/04/1983.

⁵⁶⁶ Cf. supra n° 217.

Bruxelles telle qu'elle est modifiée par son Protocole de 1979. Cette hypothèse de conflit reste pourtant possible.

299. Ainsi, cette clause de compatibilité permet d'éviter que la Convention de Bruxelles et les Règles de Hambourg entrent en conflit au sein d'un même ordre juridique qui les auraient ratifié. Les Règles de Hambourg ne contiennent pas d'autre instrument de résolution des conflits. La Convention de Bruxelles contient, elle, un mécanisme spécifique d'intégration automatique qui évite des hypothèses de conflits de conventions entre ses différentes versions.

B – Un mécanisme efficace d'intégration automatique présent dans la Convention de Bruxelles mais ne réglant pas tous les éventuels conflits de conventions

300. Les mécanismes d'intégration automatiques présents dans la Convention de Bruxelles permettent de régler les hypothèses de conflits entre différentes versions de la Convention de Bruxelles ratifiées par un même Etat (1). Les mécanismes de prévention ou de résolution des conflits de conventions semblent ainsi efficaces pour régler les hypothèses de conflit de conventions, il reste pourtant des hypothèses de conflits, qui ne sont à ce jour que potentielles, non réglées par ceux-ci (2).

1) L'impossible conflit entre les différentes versions de la Convention de Bruxelles

301. En ce qui concerne un éventuel conflit entre la Convention de Bruxelles de 1924 et une de ses versions modifiées, on trouve dans les deux Protocoles des articles presque similaires⁵⁶⁷. Ces articles précisent que les Etats qui adhèrent au Protocole de 1968 adhèrent également de façon automatique à la Convention de Bruxelles et que ceux qui adhèrent au Protocole de 1979 adhèrent automatiquement à la Convention de Bruxelles dans sa version modifiée par le Protocole de 1968.

L'existence de ces clauses et leur bien-fondé paraît évident car le Protocole de 1968 et celui de 1979 ne sont que des Protocoles modificatifs : ils ne constituent pas un corpus juridique complet et autonome. Il est logique que leur adoption entraîne automatiquement celle de la Convention que ceux-ci modifient. Ces dispositions permettent par conséquent d'assurer l'articulation entre la Convention de 1924 originelle, le Protocole de 1968 et le Protocole de 1979 pour un Etat ayant ratifié ce dernier. Et ce, qu'il ait ratifié seulement la Convention de

⁵⁶⁷ L'article 11 du Protocole de 1968 et l'article 6 du Protocole de 1979 sont identiques, et les formulations de l'article 12 du Protocole de 1968 et de l'article 7 du Protocole de 1979 sont très proches.

1924 originelle, seulement le Protocole de 1968 ou même les deux ou aucun des deux. Elles permettent aussi d'assurer l'articulation entre les dispositions de la Convention de Bruxelles et le Protocole de 1968 pour un Etat qui n'aurait ratifié que le Protocole. En effet, dans de tels cas, l'Etat en question est non seulement lié par la dernière version ratifiée mais aussi par les dispositions non modifiées de la ou les précédentes versions de la Convention de Bruxelles. Il reste pourtant d'éventuels conflits de conventions que ces mécanismes ne règlent pas.

2) L'efficacité pratique des mécanismes internationaux de règlement des conflits de conventions malgré l'existence en théorie de cas de conflits potentiels

302. Il paraît donc évident à ce stade des développements que ces Conventions contiennent des règles permettant de résoudre d'éventuels conflits entre elles. Pourtant il est possible d'imaginer, dans l'avenir, des hypothèses de conflits de Conventions : que ce soit l'hypothèse d'un Etat partie aux Règles de Hambourg qui déciderait d'adhérer à la Convention de Bruxelles dans sa version modifiée par le Protocole de 1979 ou l'inverse, cela pourrait être aussi l'hypothèse d'un conflit entre les Règles de Hambourg ou la Convention de Bruxelles avec le nouvel instrument CNUDCI (quand celui-ci sera proposé à l'adhésion des Etats).

303. Conscient de ce risque, les rédacteurs du projet de convention sur le transport de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer⁵⁶⁸ ont inséré dans le chapitre 18 un article 83, rédigé sous le modèle de l'article 31 des Règles de Hambourg (et de l'article 99 de la Convention des Nations unies sur les ventes⁵⁶⁹), qui prévoit la dénonciation des Règles de Hambourg et de la Convention de Bruxelles par tout Etat qui envisage d'en devenir partie. Cette disposition permettrait ainsi d'éviter les hypothèses de conflit de Conventions au sein d'un même ordre juridique. Celle-ci devant être d'autant plus efficace que l'alinéa 3 de l'article 83 prévoit que les Etats déjà parties à la Convention de Bruxelles de 1924 dans une de ses versions ou aux Règles de Hambourg, ne pourront adhérer ou ratifier la nouvelle Convention qu'après avoir dénoncé les précédents instruments.

304. Cette étude des mécanismes internationaux permettant de résoudre des conflits de Conventions permet d'affirmer qu'il n'existe pas en la matière d'hypothèses de conflits de Conventions puisque les mécanismes de dénonciation ou d'intégration automatique

⁵⁶⁸ Il reste encore des incertitudes sur l'intitulé exact de cette nouvelle Convention puisque dans le projet de texte qui va être examiné lors de la 19^{ème} session du groupe de travail III à New York du 16 au 27 avril 2007 elle est dénommée « Projet de convention sur le transport de marchandises (effectué entièrement ou partiellement) (par mer) ».

⁵⁶⁹ Nations unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567.

permettent d'éviter que dans un seul ordre juridique deux Conventions internationales portant sur le transport de marchandises par mer, auxquelles l'Etat aurait adhéré successivement, entrent en conflit. Pourtant de tels conflits pourraient exister dans le futur.

Paragraphe 2 – L'incapacité des Conventions internationales à régler les hypothèses de conflits de lois

305. Les Conventions internationales portant sur le transport international de marchandises par mer ont pour objectif de réaliser une unification de la matière. Pourtant elles peuvent échouer dans cette mission. Il y a d'abord l'hypothèse d'un conflit de lois en la matière alors qu'aucune de ces Conventions n'est applicable (A). Il y a ensuite, celle d'un conflit de lois qui va impliquer une ou plusieurs de ces Conventions (B).

A – Le juge français face aux conflits de lois en l'absence d'une convention internationale

306. Les hypothèses envisagées sont celles d'un litige relatif à un transport international de marchandises par mer entraînant un conflit de lois qu'aucune Convention internationale n'est compétente pour résoudre. Ces situations de conflits de lois en l'absence d'une Convention internationale sont révélatrices des lacunes de cette méthode conventionnelle qui ne permet pas de régir toutes les situations que ce soit au plan matériel ou géographique. Ces situations doivent être envisagées de façon concise car elles sont assez rares et font l'objet d'une résolution relativement simple.

307. Deux hypothèses de conflits de lois peuvent se présenter devant un juge alors même qu'aucune Convention conclue pour unifier certains aspects du droit applicable aux transports internationaux de marchandises par mer n'est applicable. La première est celle dans laquelle le transport en question n'entre pas dans le champ d'application des différentes Conventions internationales visant l'unification du transport international de marchandises par mer (1). La seconde est celle où le transport incriminé entre bien dans le champ d'application d'une ou plusieurs Conventions « unifiantes » mais que celles-ci ne permettent pas de régler tous les litiges soulevés par le transport en question (que ce soit parce qu'aucun des Etats impliqués dans le transport en cause n'est lié par une des Conventions « unifiantes » ou parce que la Convention « unifiante » en question ne prévoit pas une telle hypothèse de conflit) (2).

Pourtant le juge saisi se trouve dans l'obligation de déterminer le droit applicable voire de trancher un conflit de lois⁵⁷⁰.

1) Le transport n'entre pas dans le champ d'application des Conventions internationales

308. L'hypothèse selon laquelle un litige est porté à la connaissance d'une juridiction dont l'Etat n'est lié par aucune Convention en matière de transport par mer est peu probable, car tous les Etats ayant un minimum d'influence en matière maritime sont au moins liés par une Convention en la matière.

Même si on envisage cette hypothèse, le juge saisi devra appliquer ses règles de droit international privé et raisonner en terme de règles de conflit de lois afin de trouver la loi applicable au litige et trancher le conflit de lois, qu'il soit positif⁵⁷¹ ou négatif⁵⁷², lesquelles règles pouvant désigner une loi étrangère ayant intégré une Convention maritime.

La France étant liée par une Convention maritime, ce problème ne peut se poser pour un tribunal français saisi d'un litige (sauf l'hypothèse selon laquelle notre système de droit international privé désigne la loi d'un Etat n'étant lié par aucune des Conventions internationales sur le droit du transport international de marchandises par mer).

309. Se pose ensuite l'hypothèse selon laquelle les Conventions applicables au transport international de marchandises par mer excluent de leur champ d'application le contrat de transport ou ne permettent pas de régler le problème posé par le transport⁵⁷³.

Si une Convention exclut expressément de son champ d'application une situation⁵⁷⁴, le juge français saisi pour régler celle-ci devra se reporter sur ses autres dispositions internes si la loi française a vocation à s'appliquer au litige (il pourra ainsi appliquer la loi de 1966 ou les dispositions de la Convention de Rome). Sinon, il devra déterminer la loi applicable par le biais de ses règles de droit international privé.

⁵⁷⁰ On postule l'existence d'un conflit entre lois nationales. En effet, le transport étudié est international et les transports internationaux de marchandises par mer ont souvent des éléments de rattachement divers qui constituent autant de chance de conflit entre des dispositions nationales.

⁵⁷¹ Le conflit de lois est positif quand plusieurs lois internes se déclarent compétentes.

⁵⁷² Le conflit de lois est négatif quand aucune législation n'a a priori vocation à régir le transport.

⁵⁷³ Athanassios Kontos, *La loi applicable aux contrats de transport international de marchandises par mer*, mémoire pour le DEA Droit International Privé et du Commerce International sous la direction du Professeur Foyer, 1998, Paris II, 76 p., p. 35 et s.

⁵⁷⁴ Par exemple s'il s'agit d'un transport d'animaux vivants, la Convention de Bruxelles applicable en France ne permettra pas de régler un litige concernant ce transport car elle exclut expressément de son champ d'application les transports d'animaux vivants (définition des « marchandises » article premier c). Le juge français, si la loi interne de 1966 n'est pas applicable devra se reporter aux règles de conflit de lois pour déterminer la loi applicable.

2) Le transport entre dans le champ d'application d'une Convention internationale mais celle-ci n'est pas applicable

310. Reste à présent à envisager le cas dans lequel une ou plusieurs Conventions sont bien applicables au transport litigieux, mais que la ou les Conventions sont lacunaires et ne prévoient pas la situation en cause.

Si la Convention de Bruxelles dans ses différentes versions se révèle incomplète en ce qu'elle n'a pas prévu une situation, le juge français devra essayer d'étendre ses dispositions par voie d'interprétation⁵⁷⁵. C'est seulement si cette extension est impossible que le juge devra revenir à ses règles de droit international privé, en l'espèce les solutions posées par la Convention de Rome.

Les hypothèses de conflits de lois en l'absence d'une Convention internationale applicable venant d'être examinées, se pose le problème du conflit entre des dispositions d'origine conventionnelle, dont une au moins n'a pas été ratifiée ou approuvée par l'Etat du for, qui constitue un faux cas de conflit de convention mais un vrai cas de conflit de lois.

B – Le juge français face aux conflits de lois impliquant des Conventions sur le transport international de marchandises par mer

Lorsqu'un juge français est confronté à un conflit de lois, celles-ci peuvent contenir une ou des Conventions portant sur le transport international de marchandises par mer divergentes et ayant toutes vocation à s'appliquer. Ces différentes hypothèses de conflits impliquant une ou des Conventions sur le transport international de marchandises par mer doivent être recensées (1). Le juge devra résoudre ce conflit. Pour ce faire, il peut être tenté de rechercher une solution dans la très célèbre Convention de Vienne sur le droit des traités (2).

1) Les hypothèses de conflits de lois impliquant des Conventions sur le transport international de marchandises par mer

311. Les conflits de lois impliquant des Conventions sur le transport international de marchandises par mer peuvent concerner soit la Convention de Bruxelles dans une de ses

⁵⁷⁵ Henry Batiffol, *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, RCADI 1972, p. 119. Confer, pour l'application de ce raisonnement, CA Paris 3/02/1971, RCADI 1972, 274, note M. Simon-Depitre, à propos de la subrogation de l'assureur du passager dans les droits de ce dernier contre le transporteur aérien, non prévue par la Convention de Varsovie.

différentes versions (a), soit les Règles de Hambourg (b), ils pourraient aussi dans le futur concerner le futur instrument sur le transport de marchandises CNUDCI (c).

a) Les conflits de lois impliquant différentes versions de la Convention de Bruxelles

312. La Convention de Bruxelles contient des mécanismes évitant que ses différentes versions soient en conflit au sein d'un même ordre juridique lorsqu'un Etat aurait ratifié plusieurs versions de celle-ci. En revanche la Convention de Bruxelles dans ses différentes versions ne permet pas de trancher un conflit entre celle-ci telle qu'elle est applicable en France⁵⁷⁶ et cette même Convention telle qu'adoptée par un pays étranger⁵⁷⁷. Cette hypothèse est de façon plus générale celle du conflit entre deux versions différentes d'une même convention insérée dans deux ordres juridiques distincts. En effet, si un litige intervient à l'occasion d'un transport entre un Etat A partie à la Convention de Bruxelles originelle et un Etat B ayant adhéré au Protocole de 1968⁵⁷⁸, et que les deux lois nationales se déclarent applicables au transport et à l'intérieur de celles-ci les deux versions de la Convention, rien ne permet de privilégier l'application de la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1968 auquel l'Etat A n'a pas adhéré. Cette hypothèse est intéressante ici si l'Etat B doit trancher le litige car il y a bien conflit de lois dans la mesure où deux ordres juridiques sont applicables au même rapport. Ce conflit présente un caractère particulier puisque au delà des deux ordres juridiques qui sont en conflit, il y a un conflit entre deux versions du même instrument international.

Les hypothèses de conflit entre la Convention originelle et la Convention amendée ont fait l'objet d'un débat doctrinal en France.

313. Une première thèse classique et conforme au droit international public⁵⁷⁹ semble exiger que, pour un transport litigieux dans lequel se trouve impliqué un Etat seulement lié par la Convention de 1924 originelle et un autre Etat lié par cette Convention modifiée par un de ses Protocoles (dans le cas où les deux versions de la Convention se trouvent applicables), on doive appliquer la Convention de Bruxelles de 1924. En effet, les dispositions du Protocole ne devant s'appliquer qu'entre Etats qui y ont adhéré ou qui l'ont ratifié, c'est un principe

⁵⁷⁶ Modifiée par le Protocole de 1968 et par celui de 1979.

⁵⁷⁷ Qui peut n'être partie qu'à la Convention initiale ou seulement à la Convention initiale modifiée par le Protocole de 1968.

⁵⁷⁸ Etat qui aura par conséquent automatiquement adhéré à la Convention de Bruxelles de 1924.

⁵⁷⁹ C'est celle soutenue par Henri Batiffol et Paul Lagarde, *Traité de droit international privé*, TI, LGDJ Paris, 8^{ème} éd. 1993, p. 67, n°40. Ces deux auteurs concèdent toutefois que « la solution de ce problème peut être recherchée soit dans les principes généraux du droit international public, soit dans l'élaboration à partir des objectifs poursuivis par chaque traité, de règles propres » à ces conflits.

classique édicté par la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Pourtant ici les intérêts en cause sont ceux de simples particuliers et non ceux des Etats, il n'est alors pas opportun d'évoquer cette Convention pour résoudre ce conflit⁵⁸⁰.

314. Une seconde thèse postule l'application, dans un pareil cas, de la Convention de Bruxelles telle que modifiée par le Protocole de 1968⁵⁸¹ ou de 1979. C'est une application de la théorie selon laquelle la spécificité des conventions de droit privé justifie une orientation différente de celle retenue en droit international public⁵⁸². Le principal argument au soutien de cette thèse est qu'il est en effet conforme à l'esprit des rédacteurs originaux de la Convention de Bruxelles de 1924 que celle-ci fasse l'objet de mises à jour ou de corrections. On doit dans ce cas préférer de façon très logique la version la plus juste et performante. Cette thèse est juridiquement très contestable puisque selon les principes classiques du droit international relatifs aux conditions d'application des conventions. Elles ne doivent s'appliquer qu'entre les Etats qui y ont adhéré ou les ont ratifiées. C'est la même chose pour les dispositions d'un protocole : l'appliquer en l'absence de la volonté de l'Etat concerné reviendrait à se substituer au législateur. Sur ce point, le Professeur Bonassies affirme clairement que « la seule source d'application du texte international, c'est donc l'adhésion de l'Etat en cause à la Convention de 1924. Il n'est pas possible d'interpréter cette adhésion comme susceptible d'entraîner l'application non seulement de la Convention dans son texte original, mais aussi des modifications non acceptées par l'Etat en cause »⁵⁸³.

315. Pourtant cette thèse a été adoptée par la plupart des décisions rendues en France sur ce point⁵⁸⁴ (il est cependant possible de trouver des décisions ne reprenant pas l'application préférentielle de la Convention amendée⁵⁸⁵). Une telle adoption étant louable pour l'uniformité du droit car elle permet de retenir la version la plus « efficace » et récente de la Convention. En effet, la jurisprudence, afin de mettre fin à cette difficulté, s'est prononcée et a majoritairement tranché en faveur d'une application de la Convention de Bruxelles modifiée par le Protocole de 1968 ou de 1979 réduite aux cas où les conditions d'application de celle-ci, présents à l'article 10 modifié, le prévoieraient. Ainsi lorsque transport a lieu au départ d'un port d'un Etat contractant de la Convention modifiée et à destination d'un pays simplement

⁵⁸⁰ Carine Brière, op. cit. , n° 232 et 233, p. 162 et s.

⁵⁸¹ C'est ce qu'estime par exemple Pierre-Yves Nicolas, *Les Règles de La Haye peuvent-elles encore s'appliquer aux transports internationaux de marchandises par mer stipulés au départ ou à destination des ports français ?* , DMF 1982, p. 584.

⁵⁸² Vassali di Dachenhausen, *Il coordinamento tra convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, Edition scientifique, Naples, 1992, p. 1 et s.

⁵⁸³ Pierre Bonassies, DMF 1986, n°33 p. 73.

⁵⁸⁴ Cf. CA Aix-en-Provence, 18/12/1980, DMF 1981, p.544, CA Paris, 09/05/1984, BT 1985, p. 206.

⁵⁸⁵ CA de Bordeaux, 10/02/1988.

signataire de la Convention de 1924 : dans cette hypothèse, se fondant sur la nouvelle rédaction de l'article 10, les tribunaux considèrent qu'il y a lieu d'appliquer la Convention amendée, la circonstance que le pays de destination n'ait pas ratifié le Protocole étant sans intérêt à cet égard⁵⁸⁶. Messieurs Bonassies et Scapel constatent qu'en cas de conflit entre la Convention de 1924 originaire et une de ses versions modifiée « la tendance de la jurisprudence⁵⁸⁷ est (en effet) de se référer au texte de la Convention tel qu'en vigueur dans le pays d'expédition de la marchandise... La solution peut se fonder sur l'idée que, au plan du droit international, les pays qui n'ont pas ratifié le Protocole de 1968 ou celui de 1979 ont « un droit » à ce que leur adhésion à la Convention de 1924 soit respectée, ou sur l'importance donnée par le Protocole lui-même au droit du pays du port d'expédition »⁵⁸⁸. Cette tendance est contestable car s'il serait possible de justifier l'application de la Convention dans sa version originelle (dans les cas où l'Etat ayant ratifié le Protocole n'a pas dénoncé la Convention originelle), rien ne permet de justifier le choix du critère géographique du pays d'expédition de la marchandise pour trancher un conflit de lois.

316. La Convention de Bruxelles est silencieuse sur cette question, il est pourtant possible d'y trouver deux mécanismes permettant de résoudre un conflit entre plusieurs de ses versions.

317. Il y a d'abord l'hypothèse du conflit entre le Protocole de 1968 ou le Protocole de 1979 et la Convention de 1924 initiale devant un juge dont l'Etat n'est lié que par la Convention de 1924. Confronté à une telle situation le juge peut préférer l'application du Protocole de 1968 ou de celui de 1979 à la Convention de 1924 qui le lie. Il faut pour cela qu'un transport soit soumis à la Convention de 1924, donc que le connaissement ait été émis dans un Etat contractant, et que le connaissement comporte une clause Paramount au profit du Protocole de 1968 ou de celui de 1979. Dans cette hypothèse, l'article 5 de la Convention de Bruxelles dispose qu'« un transporteur sera libre d'abandonner tout ou partie de ses droits et exonérations ou d'augmenter ses responsabilités et obligations tels que les uns et les autres sont prévus par la présente Convention, pourvu que cet abandon ou cette augmentation soit inséré dans le connaissement délivré au chargeur ». Or, le Protocole de 1968 et celui de 1979 comportent une augmentation de la responsabilité du transporteur, que ce soit de ses obligations ou du plafonnement de sa limitation de responsabilité. Ces Protocoles, s'ils entrent en conflit avec la Convention originelle, peuvent voir leur application préférée à la

⁵⁸⁶ CA d'Aix-en-Provence, 27/06/1986, DMF 1988, p. 243.

⁵⁸⁷ Montpellier, 01/12/1987, navire Mercandia Transporter, DMF 1988, 250 ; Aix-en-Provence, 06/07/1987, navire Export-Freedom, DMF 1988, 390.

⁵⁸⁸ Pierre Bonassies et Christian Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ Paris, 2006, n° 904, p. 580 et 581.

Convention de 1924 par le juge de l'Etat du for alors que pour celui-ci les Protocoles n'avaient valeur que de *lex contractus*⁵⁸⁹. Cependant, cette hypothèse est limitée aux cas où la Convention de Bruxelles entre en conflit avec un de ses Protocoles et qu'une clause Paramount a justement été souscrite pour valider l'application d'un de ces Protocoles. De surcroît, le juge lié par la Convention de Bruxelles, et donc lié impérativement par l'application de son article 5, n'appliquera le Protocole en question que s'agissant des « droits et exonérations » ou « responsabilités ou obligations » du transporteur. Cette hypothèse est ainsi très limitée.

318. Il est ensuite possible de trouver une autre disposition permettant de régler un conflit entre deux versions différentes de la Convention de Bruxelles. Il s'agit de l'hypothèse selon laquelle un connaissement a été émis dans un Etat partie à la Convention de Bruxelles de 1924 et non au Protocole modificatif. Dans ce cas, si un éventuel litige est porté à la connaissance des juges d'un Etat partie au Protocole, ceux-ci auront le choix d'appliquer la Convention dans sa version originale ou modifiée. Cette faculté résulte de l'article 6 alinéa 2 du Protocole du 23 février 1968 qui prévoit qu'« une partie au présent Protocole ne se verra pas obligée d'appliquer les dispositions du présent Protocole aux connaissements délivrés dans un Etat partie à la Convention mais n'étant pas partie au présent Protocole ». Cette exception qualifiée de « permissive »⁵⁹⁰ a été introduite à la demande des délégations de la Finlande, du Danemark et de la Norvège, Etats soucieux de protéger leur souveraineté lors de transports en provenance de pays non parties à la Convention⁵⁹¹ mais à destination de leurs pays⁵⁹².

Cet article permet ainsi, en cas de conflit entre la Convention de Bruxelles initiale et un de ses Protocoles, à un juge lié par la Convention modifiée par un de ses Protocoles, d'appliquer la seule Convention initiale à un transport dont le connaissement a été émis dans un Etat contractant de la Convention de Bruxelles dans sa version originelle, cela même si la version modifiée à laquelle il est partie réclamait aussi son application. Cette solution est logique car c'est en vertu de cette dernière qu'il applique la Convention de 1924 dans sa version première. Cette application de la Convention de 1924 reste facultative. Malgré tout, il semble évident que le juge devant régler un conflit entre ces deux versions de la Convention de Bruxelles et se trouvant dans l'hypothèse spécifique définie par l'article 6 alinéa 2 du Protocole de 1968, sera dans l'obligation d'appliquer la solution proposée.

⁵⁸⁹ Walter Müller, DMF 1978, p. 323.

⁵⁹⁰ Nathalie Soisson, *La liberté contractuelle dans les clauses du connaissement*, op. cit. p. 80.

⁵⁹¹ Convention de Bruxelles de 1924 modifiée par le Protocole du 23 février 1968.

⁵⁹² Les trois Etats en question ayant ratifiés le Protocole.

Après cette étude des mécanismes de résolution des conflits entre la Convention 1924 et ses différents Protocoles, qu'en est-il des conflits entre celle-ci et les Règles de Hambourg ?

b) Les conflits de lois impliquant les Règles de Hambourg

319. Les Règles de Hambourg contiennent une clause de dénonciation de la Convention de Bruxelles. L'article 31 ne permet pas de résoudre un éventuel conflit entre Etats ayant adhéré à plusieurs Conventions maritimes divergentes. Un tel type de clause permet seulement d'éviter qu'un Etat ratifie ou adhère à plusieurs conventions d'unification du droit substantiel contenant des dispositions divergentes, et donc s'engage par un acte contradictoire. Concrètement, même si cet article des Règles de Hambourg est respecté et qu'un Etat A qui a ratifié la Convention de 1924 dans sa forme originelle devient partie aux Règles de Hambourg, il doit dénoncer celle-ci. Pourtant, cette clause de compatibilité ne résoudra pas l'éventuel litige qui pourrait intervenir en cas d'un transport entre l'Etat A et un Etat B, si ce dernier est toujours partie à la Convention de 1924 et si les deux Conventions se déclarent applicables au litige. Il va donc falloir chercher ailleurs que dans les Conventions mêmes des solutions pour résoudre les conflits impliquant les Règles de Hambourg.

c) Les conflits de lois qui pourraient impliquer le nouvel instrument CNUDCI

320. Il faut enfin, pour être exhaustif, souligner les hypothèses de conflits potentiels qui pourraient exister dans le futur entre la Convention de Bruxelles, les Règles de Hambourg et la future Convention sur le transport de marchandises (projet de la CNUDCI). Afin d'organiser les relations entre le projet de Convention et les instruments juridiques existants, l'article 92 du projet prévoit la dénonciation par tout Etat qui envisage d'être partie à la nouvelle Convention CNUDCI, des Règles de Hambourg ou de la Convention de Bruxelles. Cette disposition pose plusieurs difficultés. D'une part, comme le soulève le secrétariat, cet article peut présenter un inconvénient « étant donné que la dénonciation des Règles de La Haye⁵⁹³, de la Haye-Visby ou de Hambourg empêcherait les transporteurs et les chargeurs de l'Etat dénonciateur de jouir d'un régime juridique uniforme avec un certain nombre de parties contractantes dans les Etats qui n'étaient pas encore parties au projet de Convention, mais qui

⁵⁹³ Comme l'expriment très bien Messieurs Bonassies et Scapel, dénommer la Convention de Bruxelles de 1924 « Règles de La Haye », est une double erreur « puisqu'il s'agit d'une Convention internationale et non de règles conventionnelles, et d'un texte adopté à Bruxelles, et non à La Haye », Pierre Bonassies et Christian Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ Paris, 2006, n° 888, p. 572.

étaient parties à un autre instrument régissant le transport international de marchandises par mer »⁵⁹⁴, cela ne concernera pas seulement les Etats qui ne sont pas encore parties au projet de Convention mais aussi ceux qui ne souhaiteraient pas y adhérer ou le ratifier. C'est pour cette raison que le secrétariat a proposé un mécanisme proche de l'article 55 de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives à un transport aérien international (Convention de Montréal de 1999⁵⁹⁵) qui s'inspire du mécanisme de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et qui prévoit que l'Etat ferait prévaloir le nouvel instrument dans ses relations avec les Etats aussi parties au nouvel instrument mais appliquerait le régime antérieur lorsque les facteurs déterminant leur application sont liés à des Etats toujours parties à ces Conventions. Il s'agit de la règle de la convention commune. D'autre part, cette disposition ne résoudrait pas les hypothèses de conflits entre des systèmes juridiques ayant ratifiées des conventions divergentes se déclarant applicables à un même transport. L'existence d'un nouvel instrument pourrait alors ajouter de nouvelles hypothèses de conflit : par exemple un conflit intervenant devant un juge français entre la loi d'un Etat A ayant adhéré aux Règles de Hambourg et un Etat B partie au nouvel instrument. Il ne s'agit que d'hypothèses de conflits, le projet n'étant pas encore proposé à la ratification des Etats, il n'est donc pas possible d'envisager dès à présent des solutions à ces conflits qui ne sont que potentiels.

321. En conclusion, il est nécessaire de chercher ailleurs que dans les Conventions sur le transport international de marchandises par mer la solution aux conflits entre une ou plusieurs conventions liant un Etat et une ou plusieurs autres conventions ayant pour lui valeur de lois étrangères. En ce qui concerne les hypothèses de conflits entre des versions différentes de la Convention de Bruxelles ou entre celle-ci et les Règles de Hambourg, il peut être tentant pour un juge français de chercher des solutions à ces conflits dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.

2) Le recours à la Convention de Vienne sur le droit des traités pour résoudre un conflit de lois impliquant des Conventions internationales

322. La Convention sur le droit des traités⁵⁹⁶, conclue à Vienne le 23 mai 1969 sous l'égide des Nations unies et qualifiée de « Traité des traités »⁵⁹⁷, est entrée en vigueur le 27 janvier

⁵⁹⁴ CNUDCI, Groupe de travail III, 18^{ème} session Vienne, 6-17 novembre 2006, www.uncitral.org.

⁵⁹⁵ Nations unies, *Recueil des traités*, vol. 2242, n° 39917.

⁵⁹⁶ Texte intégral de la Convention in RCDIP 1970, T 3-4, p. 552 et s.

1980. Cet instrument international codifie des règles de nature coutumière relatives tant à la naissance, l'application, la modification qu'à l'extinction des traités⁵⁹⁸. La France ne l'ayant pas ratifiée, elle n'est pas partie à cette Convention, un juge français n'est donc pas lié par ces solutions. Il est pourtant nécessaire de relativiser cette affirmation puisque la plupart des dispositions de la Convention de Vienne sont devenues ou étaient la codification de normes coutumières. Peu importe alors la ratification ou l'adhésion à cette Convention, ses dispositions sont pour la majorité d'entre elles obligatoires même si elles ne sont pas impératives. Celle-ci est-elle applicable à la matière étudiée (a) et contient-elle des mécanismes permettant de résoudre un conflit de lois impliquant des conventions internationales (b) ?

a) L'applicabilité de la Convention de Vienne à la matière étudiée

323. Plusieurs auteurs affirment que cette Convention et les règles de conflit qu'elle contient ne sont d'aucun secours s'agissant d'un transport international de marchandises par mer⁵⁹⁹. Ces auteurs soutiennent en effet que les intérêts en cause dans un transport maritime international de marchandises sont des intérêts particuliers (impliquant des personnes privées) alors que les solutions de la Convention de Vienne permettant de régler les conflits de conventions sont applicables aux relations entre Etats. Il en résulterait qu'elles ne peuvent être d'aucune utilité en ce qui concerne un transport de marchandises par mer qui met en cause des particuliers.

324. Ce raisonnement peut paraître assez surprenant puisqu'un traité international est toujours adopté par des Etats. On ne voit alors pas pourquoi il y aurait lieu de distinguer entre la Convention de Vienne et les Conventions sur le transport international de marchandises par mer. Ces dernières en effet, et c'est là la différence, ayant été adoptées par des Etats, ont vocation à régir des relations entre des particuliers, mais elles sont toutes adoptées et appliquées par les Etats (hormis le cas de leur éléction par les parties et de leur application par les arbitres⁶⁰⁰). D'autre part, on peut contester l'affirmation selon laquelle les intérêts en cause visés par la Convention de Vienne sont ceux des Etats. S'il est exact que le traité est un accord

⁵⁹⁷ Daniel Colard, *Premières réflexions sur le Traité des traités : la Convention de Vienne du 23 mai 1969*, JDI 1970, p. 264.

⁵⁹⁸ Carine Brière, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ 2001, p. 137.

⁵⁹⁹ Pierre Bonassies, *Le droit positif français en 1985*, DMF 1986, 74 et Ibrahima Khalil Diallo, *conflits de lois et conflits de Conventions dans le transport international de marchandises par mer*, DMF 1988, p. 645.

⁶⁰⁰ On verra toutefois que même dans ces cas, l'autonomie par rapport aux Etats est relativement limitée (cf. infra n° 768 et s.).

international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international⁶⁰¹, celui-ci est souvent à destination des rapports entre particuliers, c'est notamment le cas s'agissant des Conventions intéressant le commerce. Enfin, les Conventions relatives aux transports internationaux de marchandises par mer concernent, il est vrai, les intérêts des particuliers. Cependant, ce sont les Etats qui les ratifient ou les adoptent. Ceux-ci ont ainsi un intérêt direct à la question de savoir si, dans un transport impliquant un national, s'appliquera une des conventions par eux ratifiées ou une convention étrangère. Les transports maritimes concernent aussi de façon indirecte les relations étatiques. En effet, l'applicabilité de ces conventions est soumise à des conditions telles que l'Etat du pavillon, la nationalité du chargeur, l'Etat du transporteur, l'Etat du port de départ ou de destination.

325. Il semble ainsi possible de rechercher une solution aux conflits entre les Conventions portant sur le transport international de marchandises par mer dans cette Convention. Bien que les rapports entre les normes conventionnelles soient peu abordés dans cette Convention, on peut quand même y trouver, formulées à l'article 30, quelques directives générales.

b) Les mécanismes contenus dans la Convention de Vienne permettant de régler un conflit de lois impliquant des conventions internationales

326. L'article 30 traite de l'« application de traités successifs portant sur la même matière » et dispose que :

« 1. Sous réserve des dispositions de l'article 103 de la Charte des Nations unies, les droits et obligations des Etats parties à des traités successifs portant sur la même matière sont déterminés conformément aux paragraphes suivants.

2. Lorsqu'un traité précise qu'il est subordonné à un traité antérieur ou postérieur ou qu'il ne doit pas être considéré comme incompatible avec cet autre traité, les dispositions de celui-ci l'emportent.

3. Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur.

4. Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur :

⁶⁰¹ Définition de l'expression « traité » figurant à l'article 2 de la Convention de Vienne.

a) dans les relations entre les Etats parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3 :

b) dans les relations entre un Etat partie aux deux traités et un Etat partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux Etats sont parties régit leurs droits et obligations réciproques.

5. Le paragraphe 4 s'applique sans préjudice de l'article 41, de toute question d'extinction ou de suspension de l'application d'un traité aux termes de l'article 60 ou de toute question de responsabilité qui peut naître pour un Etat de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre Etat en vertu d'un autre traité. ».

En ce qui concerne la valeur de cet article, Sir Humphrey Waldock, un des rapporteurs qui a imposé sa vision objective des conflits de Conventions, estime qu'un conflit entre traités ne pose pas un problème d'invalidité du traité postérieur mais une question de priorité d'application à donner à l'une des dispositions conventionnelles concurrentes. C'est cette conception qui a été adoptée dans la Convention de Vienne⁶⁰², Monsieur Waldock précisant sur ce point que « lorsqu'un traité contient des dispositions expresses sur la question de la compatibilité, ces dispositions l'emportent. Les règles énoncées aux paragraphes 3, 4 et 5 sont donc conçues essentiellement comme des règles supplétives »⁶⁰³.

Monsieur Majoros apporte une précision : pour lui, la rédaction de l'article 30 ne correspond pas à celle d'une disposition d'ordre supplétif mais plutôt à une « réglementation par cascade ». Pour lui, « s'il n'existe aucune clause de compatibilité (qui puisse entrer dans le cadre de l'alinéa 2) qui régirait impérativement un cas de conflit, alors jouera impérativement l'alinéa 3 »⁶⁰⁴. On voit ainsi confirmé le rôle primordial des clauses de compatibilité puisque le paragraphe 2 de l'article 30 vise le cas où une clause tendant à faciliter les rapports avec d'autres instruments internationaux aussi bien antérieurs que postérieurs, est incluse dans un traité. En l'absence de telles dispositions, ou si celles-ci sont incomplètes ou incapables de résoudre le conflit survenu, on pourra se référer à l'article 30 de la Convention de Vienne qui distingue les hypothèses dans lesquelles sont en conflit des traités successifs avec identité de parties, de celles où les traités concurrents ont été conclus entre des parties différentes.

⁶⁰² Ferenc Majoros, *Les conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traité pratique. I*, Editions Pédone 1976, p. 407.

⁶⁰³ Sir Humphrey Waldock in Conférence des Nations unies sur le droit des traités, deuxième session, quarante-vingt-onzième séance de la Commission plénière du 16 avril 1969, in travaux de la Conférence de Vienne, documents officiels de la deuxième session, New York 1970, p. 269 et 270.

⁶⁰⁴ Ferenc Majoros, *Les conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traité pratique. I*, op. cit. p. 421.

327. D'abord, en ce qui concerne l'hypothèse d'un conflit entre des traités successifs, en présence d'une identité de parties, le paragraphe 3 de l'article 30 de la Convention de Vienne prévoit que « le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont incompatibles avec celles du traité postérieur ». Il s'agit d'une consécration de la règle « *lex posterior derogat priori* »⁶⁰⁵. Cette règle ne peut être mise en œuvre si l'un des instruments en concurrence a un caractère spécial par rapport à l'autre. Dans ce cas, en l'absence de prévision par la Convention de Vienne d'une telle hypothèse, la doctrine majoritaire propose de résoudre ce conflit en accordant la primauté au traité spécial⁶⁰⁶ en vertu de l'adage « *specialia generalibus derogant* »⁶⁰⁷. En ce qui concerne le recours au principe « *lex posterior derogat priori* » posé par le paragraphe 3 de l'article 30, celui-ci est considéré comme une règle de « bon sens »⁶⁰⁸ et se justifie par l'idée que le traité ultérieur reflète l'expression la plus récente de la volonté des parties.

328. Au sujet, maintenant, de l'hypothèse d'un conflit entre traités successifs en l'absence d'une identité de parties, le paragraphe 4 distingue trois types de relations. D'une part, dans les relations entre Etats parties aux deux traités successifs, on applique la règle du paragraphe 3. On accorde alors une priorité d'application au traité postérieur. D'autre part, dans les relations entre un Etat partie aux deux traités et un Etat partie au premier traité, ce dernier accord régit leurs droits et obligations. Au contraire, dans les relations entre un Etat partie aux deux traités et un Etat partie au second traité, c'est l'accord ultérieur qui régit leurs droits et obligations réciproques, conformément au paragraphe 4 alinéa b de l'article 30. Ces solutions sont inspirées de la théorie de la convention commune qui favorise l'application de la convention à laquelle les deux Etats ont adhéré. C'est le même raisonnement que celui de l'article 6-2 du Protocole de 1968 qui donnait la possibilité à un Etat lié par la Convention de Bruxelles modifiée par le Protocole de 1968 d'appliquer seulement la Convention originelle à un transport sous connaissance émis dans un Etat ayant seulement ratifié la Convention dans sa rédaction initiale. Ce raisonnement se justifie par le principe classique en droit international public de « *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* » selon lequel les Etats tiers ne sont pas concernés par les engagements auxquels ils n'ont pas pris part.

329. Le dispositif de la Convention de Vienne permet par conséquent de dégager des solutions en cas de conflits entre des lois contenant des dispositions conventionnelles.

⁶⁰⁵ Le recours à ce principe fut proposé par George Scelle in *Précis de droit des gens*, Sirey Paris, 2ème partie, 1934, p. 402.

⁶⁰⁶ Sauf volonté contraire des parties contractantes.

⁶⁰⁷ Carine Brière, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, op. cit. , p. 145 et 146.

⁶⁰⁸ Dinh Nguyen Quoc, Patrick Daillier et Allain Pellet, *Droit international public*, LGDJ Paris, 6ème éd. 1999, n° 173.

Un juge français chargé de résoudre un tel conflit pourra s'y référer (les dispositions de cette Convention sont en général des normes coutumières voire du jus cogens) même si la méthode de résolution normale du conflit de lois est le recours à la méthode des conflits de lois. Il ne faut pas, en effet, raisonner en terme de conflit entre des dispositions conventionnelles mais en terme de conflit entre des normes nationales ayant intégré des Conventions internationales. Le juge français devra pour résoudre celui-ci se référer à ses solutions de droit international privé.

Section II – La vocation du droit international privé à régler les conflits de lois en présence d'une Convention internationale étrangère

330. L'affirmation selon laquelle les conventions contenant du droit matériel auraient pour effet d'écarter, et non d'éliminer puisque le conflit de lois n'est pas résolu, tout conflit de lois dans les matières envisagées, est inexacte. En effet, en matière de droit privé maritime il existe, d'un pays à l'autre, des différences législatives susceptibles d'entraîner des conflits de lois. De plus, les Conventions internationales permettant d'unifier la législation en matière de transport maritime de marchandises sont, comme il l'a été vu, incapables de résoudre tous les conflits se présentant.

331. Une convention contenant du droit matériel ne semble pas, pour deux raisons principales, pouvoir garantir une unification du droit dans une matière.

La première raison est qu'elle ne peut couvrir tous les rapports juridiques. C'est le cas de la lacune des conventions internationales ou du renvoi à une loi nationale désignée dans la convention. La convention peut être incomplète parce que les Etats signataires ne voulaient pas couper la voie à un libre développement de la pratique qu'ils estimaient salulaire ou tout simplement parce que les rédacteurs n'ont pas pensé à toutes les hypothèses de conflit qui pouvaient exister. Une des illustrations les plus célèbres de lacune de Convention en matière de transport maritime de marchandises a concerné la Convention de Bruxelles de 1924. Celle-ci ne précise pas quelles sont les formes nécessaires à la validité du connaissement, ou des clauses de celui-ci. Il faut de ce fait revenir aux droits nationaux qui solutionnent différemment ces points.

La seconde raison est que les conventions contenant du droit matériel ne font jamais l'objet de ratifications universelles, que ce soit par désaccord des Etats sur leur contenu ou parce que des Etats ne veulent pas participer aux tentatives d'unification pour garder leur indépendance totale.

332. Pour résoudre un conflit entre deux dispositions d'origine conventionnelle dont seulement une a été ratifiée ou adoptée par la France, le juge devra d'abord rechercher la solution du conflit dans les Conventions en conflit elles-mêmes.

Les Conventions sur le transport maritime international de marchandises contiennent seulement des clauses de compatibilité ou des clauses prévoyant la dénonciation des autres Conventions, lorsqu'elles sont adoptées dans un seul ordre juridique.

Elles ne contiennent pas de dispositions permettant de régler un conflit entre ces Conventions lorsque celles-ci sont insérées dans des ordres juridiques distincts (hormis l'article 5 de la Convention de Bruxelles qui a été développé précédemment et ne vise que des hypothèses limitées).

Le juge doit toutefois résoudre le conflit qui se présente à lui. Pour ce faire, il appliquera les règles classiques de conflits de lois. Celles-ci sont d'origine nationale (paragraphe 1). Il est aussi possible d'en trouver dans une Convention internationale dont la France est partie : la Convention de Rome (paragraphe 2).

Paragraphe 1 - La résolution des conflits de lois et d'interprétations en présence d'une Convention internationale

333. Cette étude ne serait pas complète sans l'examen d'un cas particulier : celui du conflit non pas entre plusieurs dispositions d'origine conventionnelle mais entre plusieurs interprétations judiciaires de dispositions d'origine conventionnelle. Il faudra se demander si dans cette hypothèse il y a un conflit de lois et si celui-ci doit être résolu par les règles de conflit de lois (A). Se pose ensuite le problème de la résolution du conflit de lois entre deux Conventions insérées dans deux ordres juridiques différents, il y aura alors pour le juge saisi un conflit entre une convention internationale qui le lie et une loi étrangère ayant intégré une autre convention internationale (B).

A – La résolution des conflits entre plusieurs interprétations judiciaires d'une même disposition d'origine conventionnelle

334. Les Conventions en matière de transport international de marchandises par mer ont pour objectif l'unification substantielle des législations de plusieurs Etats sur un point déterminé. L'application de ces dispositions en incombe à chacun des Etats membres mais ces traités encourent le risque de faire l'objet d'interprétations différentes de la part des tribunaux des différents Etats.

Lorsqu'un traité soulève des difficultés d'interprétations, les différentes parties signataires peuvent se mettre d'accord sur la disposition litigieuse. Ce procédé, pour être efficace, requiert l'accord des Etats concernés sur l'interprétation à donner. Un tel accord peut être difficile à trouver.

Un autre procédé de résolution de ce conflit à un niveau international est l'interprétation du traité par une juridiction internationale quand les parties ont prévu sa compétence. Ce n'est pas le cas pour les Conventions étudiées.

335. Reste le recours aux sources internes d'interprétations : les tribunaux des différents Etats membres. La France n'étant pas liée par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, les solutions que celle-ci peut prévoir s'agissant de l'interprétation des traités ne s'appliquent pas directement et impérativement en France. Pourtant, les solutions de cette Convention étant majoritairement des normes coutumières, un juge français devra s'y référer. En l'absence de solutions de source conventionnelle portant sur l'interprétation des traités internationaux le juge français devra chercher ailleurs une solution. Se pose au préalable la question de la détermination du titulaire du pouvoir d'interprétation des traités (1) avant de pouvoir se pencher sur l'interprétation proprement dite (2).

1) La détermination du titulaire du pouvoir d'interprétation des traités

336. L'interprétation des traités revient en principe de droit au Gouvernement. C'est en effet lui qui est compétent pour les conclure, le pouvoir exécutif ayant pour mission de conduire les relations extérieures de la France. Pourtant, le renvoi pour l'interprétation des conventions internationales à l'exécutif peut demander de longs délais et présente l'autre inconvénient que l'interprétation demandée n'aura pas été débattue contradictoirement. Quelle est alors l'attitude des deux juridictions suprêmes (a et b) sur ce point ?

a) La jurisprudence de la Cour de cassation

337. La Cour de cassation consciente de ces enjeux a refusé très tôt d'abdiquer le pouvoir d'interpréter les traités internationaux au profit de l'exécutif. Elle affirme dans un arrêt Rawane-Boyle qu'il « appartient aux tribunaux de l'ordre judiciaire d'interpréter les traités internationaux en tant qu'ils peuvent servir à résoudre un litige d'intérêt privé »⁶⁰⁹. Cette position fut précisée dans un arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation en date du 27 avril 1950⁶¹⁰ qui énonce qu'il appartient aux tribunaux judiciaires d'interpréter les

⁶⁰⁹ Cass. Civ. 7/03/1910, S. 1915, I. 101. Cet arrêt était lui-même la confirmation d'un arrêt précédent de la Cour de cassation qui avait décidé que les juridictions civiles françaises étaient compétentes « toutes les fois que les constatations qui donnent lieu à cette interprétation ont pour objet des intérêts privés qui sont attribués par la loi au pouvoir judiciaire », Cass. 24 juin 1839, Dalloz 1839, I, 414.

⁶¹⁰ RCDIP 1951, 98, note Monneray.

conventions diplomatiques, sauf en présence de questions touchant à l'« ordre international public ». La mise en œuvre de cette distinction apparaissait très délicate puisqu'elle ne tenait pas à l'objet du traité mais plutôt à la question de savoir si l'intervention du juge est de nature à gêner le Gouvernement français dans ses relations diplomatiques⁶¹¹. Cette affaire de circonstance était source d'incertitude, et donc d'arbitraire pour les justiciables. C'est pour cette raison que la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation a abandonné cette distinction en confiant au juge le soin d'interpréter les traités internationaux sans avoir à solliciter l'avis du Gouvernement⁶¹². La juridiction suprême en matière administrative a-t-elle la même attitude ?

b) La jurisprudence du Conseil d'Etat

338. Le Conseil d'Etat a longtemps considéré que l'interprétation d'un traité, c'est-à-dire d'un acte de droit international public, relevait de la seule compétence de ses auteurs⁶¹³. Cette position était motivée par plusieurs raisons dont l'augmentation du nombre des traités et donc du contentieux y afférant et le fait que le recours à l'interprétation gouvernementale avait, depuis la jurisprudence Nicolo⁶¹⁴, pour conséquence de déléguer à une autorité gouvernementale le pouvoir que le juge tire de l'article 55 de la Constitution d'écarter l'application d'une loi contraire à un traité. Le Conseil d'Etat a modifié sa position. Dans un arrêt du 29 juin 1990⁶¹⁵, le Conseil d'Etat a estimé que le juge administratif avait le pouvoir d'interpréter lui-même les traités⁶¹⁶.

La question de savoir qui peut interpréter les lois uniformes étant réglée, reste à savoir comment interpréter les dispositions litigieuses.

2) L'interprétation des traités

339. Le problème de l'application des Conventions maritimes et donc de l'interprétation de celles-ci a été abordé précédemment⁶¹⁷. Il ne s'agit pas ici de reprendre ces développements

⁶¹¹ Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, *Droit international privé*, op. cit. p. 35 et 36.

⁶¹² Cass. Civ. I 19/12/1995, RCDIP 1996, 468, obs. Oppetit.

⁶¹³ Cf. par exemple : Conseil d'Etat, Assemblée, 03/07/1931, S. 1932, 3. 129.

⁶¹⁴ Conseil d'Etat, 20/10/1989, GAJDIP, op. cit. n°55-56, p. 531 et s.

⁶¹⁵ Arrêt Gisti, D. 1990, 560, obs. Sabourin. RCDIP 1991, 61, obs. Lagarde.

⁶¹⁶ Ce pouvoir d'interprétation reconnu au juge administratif ne s'étend pas à l'appréciation de la condition de réciprocité prévue par l'article 55 de la Constitution. Cf. un arrêt du Conseil d'Etat en date du 9/04/1999, D 1999, IR, 174.

⁶¹⁷ Supra n° 131.

mais de se demander si la théorie des conflits de lois, écartée en principe par l'unification substantielle réalisée par voie de conventions internationales, peut réapparaître pour coordonner les divergences d'interprétation judiciaire que l'unification législative ne peut empêcher (a) ? Puis de se demander si cette intervention de la règle de conflit pour interpréter une convention contenant du droit matériel est systématique (b).

a) La vocation des règles de conflit de lois à régler les divergences d'interprétation

340. Se pose ici encore la question de savoir si les conventions internationales doivent être appliquées directement, ou bien en tant qu'élément du droit interne d'un Etat signataire qu'on désignerait par application de la théorie des conflits de lois⁶¹⁸ ? Il sera d'abord repris les solutions proposées par la doctrine pour résoudre ces divergences avant de voir la position de la Cour de cassation sur ce point.

- Les solutions proposées par la doctrine

341. La doctrine⁶¹⁹ propose plusieurs solutions pour remédier à ces divergences d'interprétations. Il s'agit soit de la directive faite aux juges confrontés à de telles difficultés de rechercher l'interprétation qui serait la plus proche de l'intention commune des parties contractantes, soit du souhait que soit mise en place une juridiction internationale qui pourrait imposer son interprétation de la convention.

Cependant, force est de constater que l'aspiration à la création d'une juridiction internationale chargée de permettre l'unification des interprétations est restée lettre morte et que les interprétations judiciaires continuent à diverger, ne serait-ce qu'entre les tribunaux d'un même Etat.

342. A ce sujet, le Professeur Lagarde propose de ne tenir compte d'une interprétation divergente étrangère que si elle résulte avec certitude d'une jurisprudence nette du tribunal suprême de cet Etat étranger⁶²⁰. Ensuite, il propose, afin de trancher entre les deux interprétations de la disposition litigieuse, de se référer aux règles de conflit de lois du for afin de savoir à quel Etat se rattache le litige.

⁶¹⁸ Paul Lagarde, *Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ?*, RCDIP 1964, p. 235 et s.

⁶¹⁹ Pierre Lescot, note sous l'arrêt « Hocke », JCP 1963, II, 13376.

⁶²⁰ Ibid. , p. 249.

Malgré tout un double risque subsiste : d'abord celui que les différents tribunaux des Etats membres de la Convention en question n'appliquent pas la même règle de conflit ; ensuite celui que les tribunaux des différents Etats ne respectent pas les interprétations nationales étrangères divergentes.

- La position de la Cour de cassation

343. La Cour de cassation affirme dans l'arrêt Hocke⁶²¹, que l'interprétation de la loi étrangère échappe à son contrôle, elle peut toutefois s'assurer que les juridictions inférieures « n'ont pas méconnu ni dénaturé le sens clair et précis » de cette loi. La Cour de cassation a eu, il y a quelques années à trancher un litige portant sur la Convention de Genève de 1930 sur le chèque et la lettre de change, à laquelle la France et l'Allemagne étaient parties. La jurisprudence allemande, dont la loi était désignée par la règle de conflit française, interprétait différemment la Convention par rapport à celle française. La Cour de cassation qui aurait pu appliquer la Convention internationale qui avait force obligatoire en France et suivre son interprétation par la jurisprudence française, retint l'interprétation allemande.

344. Cette position de la Cour de cassation apparaît condamnable à plusieurs titres. Dans un premier temps, parce qu'en voulant coordonner les interprétations divergentes de la Convention internationale, elle valide la thèse de l'application autonome de celle-ci, ce qui est forcément source de désunification. Dans un deuxième temps, ce refus de la Cour de cassation d'englober dans son contrôle celui de la jurisprudence étrangère ne semble pas se justifier à propos des interprétations étrangères des Conventions portant loi uniforme dont la France est partie. En effet, celles-ci se transforment en « un texte législatif interne, adopté comme tel, dans chacun de ces Etats, par l'autorité constitutionnellement compétente »⁶²². La Cour de cassation ne peut ainsi alléguer qu'elle ignore la teneur du droit étranger en cause, et refuser de contrôler l'interprétation d'un texte qui fait partie intégrante de son droit interne. Cette attitude de la Cour de cassation est enfin condamnable car, cette solution adoptée par l'arrêt Hocke, qui préconise l'emploi des règles de conflit de lois et refuse de contrôler l'interprétation de la loi étrangère par les juges du fond, peut conduire à des interprétations erronées de celle-ci⁶²³.

⁶²¹ Cass. Com. 04/03/1963, JCP 1963, II 13376, note Lescot.

⁶²² Berthold Goldman commentaire de l'arrêt Hocke, op. cit. , p. 808. Les Etats signataires font application de ces dispositions indistinctement dans les rapports avec les autres Etats signataires et dans les rapports avec les Etats tiers.

⁶²³ Les juges du fond, dans l'arrêt Hocke, avaient donné une interprétation erronée de la position de la

On assiste au développement des conventions internationales d'unification du droit⁶²⁴ ; et il est évident que plus l'œuvre d'unification s'éloigne dans le temps, plus les risques d'interprétations divergentes se multiplient⁶²⁵.

345. Les Conventions internationales qui font l'objet de notre étude sont des conventions « unifiantes » qui revêtent un double caractère : « d'une part elles sont incorporées purement et simplement dans le droit interne des Etats membres, au point qu'on peut se demander si elles ne finissent pas par être « absorbées » par le milieu juridique interne de l'Etat qui les incorpore. D'autre part, elles constituent des conventions internationales applicables, telles quelles et intégralement, réserves exceptées, par les Etats membres, sans transposition ni adaptation nécessaire »⁶²⁶. De ces deux aspects contradictoires, il est possible de tirer deux conclusions radicalement différentes. D'un côté, cette insertion dans le milieu juridique interne amène à penser que ces dispositions sont susceptibles d'une interprétation nationale par les juridictions de chaque Etat. Une convention « unifiante » n'est normative qu'à l'égard des Etats. Elle est dépourvue de valeur normative à l'égard des individus. « En effet, l'ordre international n'ayant pas mis ses organes juridictionnels et de contrainte au service de l'application des règles substantielles édictées, celles-ci ne constituent des normes véritables que dans la mesure où les ordres nationaux sont chargés de les appliquer ; mais ce sont alors des normes nationales, qui coexistent dans chaque Etat signataire avec les règles de droit commun, dont elles viennent restreindre le champ d'application. Et entre ces règles nationales, seule une règle de conflit permet de choisir »⁶²⁷. D'un autre côté, leur origine conventionnelle semble exiger que ces normes soient appliquées par les tribunaux nationaux comme des textes internationaux.

346. Finalement, on ne peut que constater qu'il existe des divergences d'interprétation du droit uniforme entre les tribunaux des différents Etats membres. Il faut pourtant mentionner que l'Institut de Rome pour l'unification du droit privé publie depuis 1959 une « jurisprudence de droit uniforme » qui contient, entre autres, la jurisprudence des différents

jurisprudence étrangère (ils avaient cru, par erreur, que l'interprétation allemande coïncidait avec l'interprétation française) sur la disposition de la loi uniforme en conflit.

⁶²⁴ D. Bureau, *Les conflits de conventions*, communication au comité français de droit international privé, le 26 janvier 2000, compte-rendu par Jean Pierre Remery, RCDIP 2001, p. 230.

⁶²⁵ C'est le cas de toutes les Conventions internationales qui font l'objet de cette étude, la plus récente étant le Protocole modificatif de la Convention de Bruxelles de 1979 qui a donc plus de 25 ans !

⁶²⁶ Paul Lagarde, *Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ?*, op. cit., p. 244.

⁶²⁷ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien Paris, 8^{ème} éd. 2004, n° 94, p. 71 et 72.

pays sur les Conventions de Bruxelles⁶²⁸. Ces efforts, même s'ils permettent une meilleure connaissance par les juges des différents Etats des interprétations des conventions « unifiantes » données par les juridictions étrangères, n'éliminent pas pour autant les divergences.

347. La question qui se pose, par conséquent, est celle de savoir si le juge de l'Etat saisi est tenu systématiquement, en vertu de la théorie des conflits de lois, de rechercher l'interprétation donnée à l'étranger de la disposition de la Convention « unifiante » à laquelle se rattache le litige ?

Il est clair que ces Conventions internationales ont été créées afin d'unifier la législation applicable aux matières concernées. Il paraît de ce fait évident que le juge devrait tenir compte, afin de rendre cette unification possible, des interprétations données à l'étranger des dispositions du droit uniforme en cause. Pourtant il semble bien que le juge français se borne, pour interpréter une convention « unifiante », à utiliser la règle des conflits de lois. Cette utilisation n'est cependant pas systématique.

b) Une utilisation non-systématique de la règle de conflit de lois pour interpréter une convention « unifiante » contenant du droit matériel

348. L'arrêt Hocke consacre de façon implicite une distinction entre d'une part les conventions internationales qui entrent en application dans les Etats une fois que ceux-ci les ont ratifiées ou adoptées, et d'autre part celles qui en plus requièrent leur introduction dans le droit interne par le biais d'un texte législatif. Cette distinction doit être explicitée avant d'être appliquée au droit du transport international de marchandises par mer. Il sera enfin possible de voir que la Cour de cassation semble avoir infléchi sa position depuis l'arrêt Hocke.

- Une distinction entre les conventions internationales

349. Le Professeur Goldman rappelle la différence faite par la doctrine entre ce qu'il appelle les « conventions internationales » qui sont appliquées par les autorités de chacun des Etats partie « à tous les rapports de droit (en relevant) indépendamment de leur localisation au regard des règles de conflit »⁶²⁹ et « la loi uniforme⁶³⁰ » qui serait assortie de son

⁶²⁸ Rapport sur l'activité de l'Institut international pour l'unification du droit 2004, Rome 2005, www.unidroit.org

⁶²⁹ Ibid.

interprétation nationale et formerait dans « chaque Etat une règle de droit gouvernant les seuls rapports juridiques qui s'y rattachent par quelque facteur ». D'après cette théorie, la France qui serait partie à une « convention internationale »⁶³¹ utiliserait, si elle a besoin de l'interpréter, sa lecture nationale des dispositions de la convention même si le rapport en question est étranger à la loi du for. D'un autre côté, si la France avait à appliquer une « loi uniforme » dont elle est partie⁶³², elle devrait rechercher à quelle loi nationale se rattache le rapport en cause et aurait à lui appliquer l'interprétation nationale ainsi désignée de la loi uniforme. Le Professeur Lagarde⁶³³ justifie cette différence par le fait que la convention portant loi uniforme est beaucoup plus proche des systèmes juridiques internes (elle y est en effet insérée) et par le fait que cette solution permet d'éviter les risques de forum shopping⁶³⁴. A ces arguments, le Professeur Goldman⁶³⁵ répond très justement que d'une part les « conventions internationales » sont elles aussi proches du droit national, ne serait-ce que par les interprétations nationales divergentes dont elles font l'objet⁶³⁶. En effet, comme pour les « lois uniformes », on peut dire en ce qui concerne les « conventions internationales » que celles-ci se multiplient en autant de versions qu'elles font l'objet d'interprétations différentes. D'autre part, il souligne que les « lois uniformes sont elles aussi susceptibles de faire l'objet de forum shopping par le biais de la multiplicité des facteurs de rattachement ou grâce au jeu des articles 14 et 15 du Code civil »⁶³⁷. Cette distinction est applicable à la matière étudiée.

- L'application au droit du transport international de marchandises par mer

350. S'agissant des Conventions internationales régissant le transport international de marchandises par mer, la Convention de Bruxelles est une convention « unifiante ». D'une

⁶³⁰ Précisons à titre terminologique que la « loi uniforme » ici évoquée par l'illustre Professeur était en fait les conventions « unifiantes ». A côté de cela, on distingue les véritables lois uniformes qui n'utilisent pas la méthode conventionnelle, et sont des projets de lois uniformes ou modèles, élaborées par des organisations, et adoptées individuellement par les membres de la fédération. Kurt Nadelmann fait bien la différence entre ces deux méthodes in *Méthodes d'unification du droit international privé, la législations uniforme et les conventions internationales*, RCDIP 1958, p. 37 et s.

⁶³¹ C'est-à-dire une convention d'unification du droit substantiel qui n'a pas besoin d'être introduite dans le droit des Etats parties par le biais d'une loi interne.

⁶³² C'est-à-dire une convention requérant pour entrer en application, outre son adoption ou ratification, une introduction dans le droit interne par le biais d'une loi.

⁶³³ Paul Lagarde, *Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ?*, op. cit.

⁶³⁴ Les parties pourraient vouloir rattacher artificiellement leur litige à un Etat pour pouvoir bénéficier d'une interprétation favorable à leur égard de la convention.

⁶³⁵ Berthold Goldman : commentaire de l'arrêt Hocke, op. cit., p. 808 et 809.

⁶³⁶ Il a déjà été vu à propos des Conventions internationales sur le transport maritime de marchandises combien une interprétation nationale peut changer le contenu d'une Convention.

⁶³⁷ Règles de conflit de juridiction unilatérales fondées sur la nationalité française de l'une des parties au litige.

part car elle ne s'applique qu'aux relations internationales. D'autre part car son domaine est limité par la nécessité d'un rattachement aux Etats contractants.

En ce qui concerne les Règles de Hambourg, l'article 28 sur la « signature, ratification, acceptation, approbation et adhésion », prévoit dans son alinéa 2 que « la présente Convention est sujette à ratification, acceptation ou approbation par les Etats signataires ». Il est possible d'en déduire que les Règles de Hambourg seraient elle aussi une « Convention internationale », selon la classification rappelée par le Professeur Goldman⁶³⁸ qui « se suffit à elle-même (sauf ratification et promulgation) ».

351. Il est nécessaire de dépasser cette distinction entre loi uniforme et convention « unifiante ». Comme l'a souligné le Professeur Malaurie « depuis quelques années, l'opposition entre ces deux techniques, de la convention « unifiante » et de la loi uniforme proprement dite, n'est plus aussi absolue. Elles se rencontrent et se confondent afin de cumuler les possibilités d'extension qui se trouvent en chaque unité »⁶³⁹.

Les Convention internationales portant sur le transport de marchandises par mer pourraient entrer dans la catégorie des conventions que le Professeur Lagarde⁶⁴⁰ qualifie de « conventions multilatérales » qui laissent « subsister un droit interne à côté du texte international dont le domaine est restreint ». Il explique très justement sur ces Conventions qu'elles « sont appliquées directement par les tribunaux des Etats membres, sans qu'il y ait de place pour un conflit de lois qu'elles ont précisément pour rôle d'écarter ». On retrouve alors ce postulat selon lequel les Conventions d'unification du droit substantiel sont directement applicables. C'est en effet logique que ces Conventions qui se veulent règles matérielles uniformes soient appliquées et interprétées de façon « autonome », c'est-à-dire en suivant uniquement les prescriptions de la Convention en cause elle-même.

352. Pourtant l'arrêt Hocke de la Cour de cassation⁶⁴¹, qui admet la possibilité d'une intervention de la théorie des conflits de lois à l'intérieur même des matières régies par la loi uniforme, apparaît réaliste et teinté de pragmatisme. Le Professeur Goldman⁶⁴² approuve cette solution car pour lui « c'est parce que les interprétations divergentes des lois uniformes existant en fait, et étant apparemment inévitables aussi longtemps que l'application de ces

⁶³⁸ Berthold Goldman, *ibid.*

⁶³⁹ Philippe Malaurie, *Loi uniforme et conflits de lois*, Travaux du Comité français de droit international privé, 1967, p. 86.

⁶⁴⁰ Paul Lagarde, *Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ?*, *op. cit.* p. 242.

⁶⁴¹ Arrêt Hocke Cass. Com. 04/03/1963, JDI 1964, p. 806 obs. Goldman.

⁶⁴² *ibid.*, p. 809.

textes ne sera pas assurée, ou du moins contrôlée par une juridiction internationale unique, mieux vaut les coordonner que les ignorer... ».

353. Pour conclure sur ce point il faut signaler que la Cour de cassation semble avoir infléchi sa position depuis l'arrêt Hocke puisqu'elle admet le contrôle de la dénaturation par des juges du fond de la jurisprudence étrangère. Ainsi, avec les arrêts Olivier et Buzyn⁶⁴³, la Cour de cassation considère que « le sens apparent du document législatif peut être écarté sans encourir la censure en raison de l'apport d'une jurisprudence étrangère et qu'un texte obscur peut inversement, grâce au sens que lui confère la jurisprudence étrangère, constituer une référence claire pour les besoins du contrôle de la dénaturation ». Dans le même sens la Cour de cassation, dans l'arrêt société Africatour⁶⁴⁴, censure une cour d'appel qui a méconnu « le sens littéral » d'une loi du Sénégal « sans faire état d'aucune autre source de droit positif donnant à la disposition litigieuse le sens qu'elle lui attribue ».

Il est déjà possible de se rendre compte que l'élimination de la méthode conflictuelle par les traités contenant des règles matérielles est imparfaite puisque, si le champ d'application de la méthode conflictuelle apparaît réduit, elle retrouve à s'appliquer dans l'interprétation des règles uniformes. Il faut constater, qu'en dépit de leur traditionnel affrontement, ces deux méthodes de résolutions des conflits internationaux trouvent à s'appliquer de façon complémentaire. Cette constatation est aussi vraie en ce qui concerne la résolution des conflits entre deux Conventions insérées dans deux ordres juridiques différents.

B – La résolution par le droit international privé des conflits entre les conventions insérées dans deux ordres juridiques différents

354. C'est l'échec de la tentative des Etats d'unifier certains aspects du droit du transport international de marchandises par mer (d'assurer un régime uniforme de responsabilité impératif du transporteur) qui oblige à revenir au niveau national afin de trancher les conflits de lois.

Pour résoudre ce problème de savoir quel texte appliquer à une relation de transport donnée, la doctrine internationaliste préconise de faire intervenir les règles classiques du droit international privé.

⁶⁴³ Arrêt Olivier Civ. 02/02/1982, Clunet 1982, 690, note Muir-Watt. Arrêt Buzyn, Civ. 19/03/1991, Rev. Crit. 1992, 88, note Muir-Watt.

⁶⁴⁴ Civ. I, 01/07/1997, Clunet 1998, 98, note Barrière-Brousse.

Monsieur Majoros a, en effet, démontré que la résolution des conflits existants entre certaines dispositions des conventions de droit privé relève du droit international public car il s'agit d'incompatibilité entre les traités, mais aussi du droit international privé. Dans le domaine faisant l'objet de cette étude, les règles issues du droit international public sont inefficaces. En premier lieu, la distinction entre traités généraux et spéciaux « *ratione loci* ou *ratione spatii* » qui est classiquement utilisée en droit international public pour résoudre les conflits entre traités politiques et qui transposée au droit international privé devient une distinction « *ratione materiae* »⁶⁴⁵, est inefficace ici. En effet, la Convention de Bruxelles dans ses différentes versions et les Règles de Hambourg concernent plus ou moins le même domaine et ont quasiment le même champ d'application. Il n'est pas possible d'affirmer que la Convention de 1924, celle-ci telle que modifiée par les Protocoles de 1968 ou de 1979 ou les Règles de Hambourg réglementent de façon plus spécifique le droit du transport international de marchandises par mer. Certes, les Règles de Hambourg font entrer plus de transports dans leur domaine d'application en réglementant le transport en pontée, celui d'animaux vivants. Malgré cela, on peut difficilement soutenir qu'elles ont pour autant un caractère moins spécifique et ce même si elles ont un domaine d'application plus important. D'autre part, la règle du traité hiérarchiquement supérieur⁶⁴⁶ est ici aussi inefficace car les Règles de Hambourg comme la Convention de Bruxelles dans ses différentes versions sont des Conventions portant unification de certains aspects du contrat de transport international de marchandises par mer.

355. Il faut alors rechercher une solution dans les règles de conflit. En effet, ce qui caractérise la règle de conflit, c'est la pluralité de règles émanant de sources et d'auteurs différents, qui ont toutes vocation à régir une situation donnée, et entre lesquelles un choix est nécessaire. Ce recours aux règles de conflit peut aussi avoir lieu, et c'est le cas pour la matière qui fait l'objet de la présente étude, lorsque le juge saisi devra choisir entre l'application d'une ou plusieurs lois étrangères ou même de sa loi nationale. Ce recours peut enfin être effectué lorsqu'une même Convention internationale fait l'objet d'applications ou d'interprétations divergentes de la part d'Etats contractants.

Cette diversité de législation entraîne des conflits de lois gênants pour l'économie du transport maritime de marchandises puisqu'en ce domaine les armateurs et les chargeurs ont l'habitude de se couvrir par l'assurance et veulent connaître d'une façon précise l'étendue de leur

⁶⁴⁵ On retient la Convention qui régit le plus spécifiquement la matière qui est l'objet du litige.

⁶⁴⁶ Qui concerne généralement en droit international public les traités dont l'objet est de créer des organisations ou des juridictions internationales. Carine Brière, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, op. cit. p. 181.

responsabilité. Une solution à ces conflits de lois sera cherchée dans les règles de conflit générales (1). Se posera ensuite la question de savoir s'il existe des critères de rattachement⁶⁴⁷ spécifiques au droit maritime ou aux conflits impliquant des conventions maritimes (2).

1) Le contenu des règles de conflit : un retour au droit national

356. Afin de résoudre un conflit de lois dans l'espace concernant une question de droit déterminée, la méthode des règles de conflit impose un retour au droit national. Les règles de conflit du droit positif français vont permettre de qualifier la question posée (le présupposé de la règle de conflit définit la « catégorie de question de droit »⁶⁴⁸) et de sélectionner de cette façon la règle de conflit qui doit être appliquée (il s'agit du critère de rattachement qui rattache la question de droit à un ordre juridique) (a). Le contrat de transport international de marchandises par mer entre dans la catégorie des actes juridiques (b).

a) La méthode du conflit de lois

357. Cette méthode du droit international privé consiste à énoncer des règles de conflit de lois en fonction de la question posée. Ces règles de conflit permettront de désigner la loi applicable mais ne donneront pas directement une solution, d'où leur appellation de méthode indirecte de résolution des conflits.

Suivant la méthode préconisée par Savigny, on part du conflit pour trouver la loi à lui appliquer d'après des critères objectifs et prédéterminés et selon la matière en cause⁶⁴⁹. Cette méthode a conduit à l'énoncé de règles de conflit neutres (le contenu de la loi qui sera désignée importe peu) et bilatérales car la loi du for est mise sur le même plan que la loi étrangère. On parle à cet égard de présence passive des Etats. Il n'y a pas de véritable affrontement de leurs législations mais une concurrence que devra trancher l'auteur de la règle de conflit du juge saisi. Comme le souligne très clairement le Professeur Mayer : « dans le conflit de lois, la règle de droit international privé désigne, non pas la règle substantielle qui devra être appliquée au litige, mais l'ensemble des règles, l'ordre juridique entier, auquel est

⁶⁴⁷ Le critère de rattachement, ou élément de rattachement est l'élément qui permet de choisir la loi. C'est lui qui rattache la question de droit à un ordre juridique. Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien Paris, 8^{ème} éd. 2004, n° 114, p. 83.

⁶⁴⁸ Ibid. N° 114, p. 83.

⁶⁴⁹ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, Veit und camp Berlin ; 1848-1849, trad. Guénoux, 1851.

en quelque sorte reconnu le pouvoir d'imposer lui-même celle de ses règles dont il doit être fait application ; c'est donc l'Etat, en tant que législation, qui est l'objet du choix »⁶⁵⁰.

358. C'est ce caractère neutre et abstrait⁶⁵¹ qui a été remis en cause par une partie de la doctrine moderne⁶⁵² qui propose de donner une coloration matérielle à la règle de conflit en choisissant la loi applicable selon le résultat à obtenir. Il s'agit de règles de conflit à caractère substantiel définies par le Professeur Lagarde comme celles « dont le but avoué est de désigner l'ordre juridique qui permettra le plus sûrement d'obtenir le résultat voulu par l'auteur de la règle de conflit »⁶⁵³. Cette méthode apparaît, comme le souligne le Professeur Gaudemet-Tallon,⁶⁵⁴ comme étant un facteur d'imprévisibilité⁶⁵⁵ et de déséquilibre des relations internationales puisque cette méthode qui consiste pour le juge à rechercher tel ou tel résultat est empreinte de nationalisme.

Le recours à la méthode des conflits de lois impose d'identifier au préalable quelle va être la règle de conflit applicable. C'est le problème de la qualification *lege fori*. On classe dans les catégories du *for*. La catégorie à laquelle la matière étudiée peut être rattachée doit ainsi être recherchée.

b) La règle de conflit de lois applicable à la catégorie des actes juridiques

359. L'objet de cette étude est le contrat de transport maritime de marchandises, conclu par le transporteur et par le chargeur ou leurs représentants. C'est une variété du contrat de transport en général par lequel un transporteur professionnel s'engage à déplacer par mer sur une relation définie, une marchandise définie, moyennant le paiement d'un fret déterminé⁶⁵⁶.

Il s'agit d'une relation dans laquelle seules des personnes privées sont directement impliquées. Sans énumérer le nombre de catégories que comporte le droit français, on peut

⁶⁵⁰ Pierre Mayer, *Etat et le droit international privé*, Revue française de théorie juridique, 1992 n°16, Etat/2, p. 37.

⁶⁵¹ La doctrine de Savigny est aussi critiquée car elle postule l'existence d'une communauté de droit, qui sous-tend l'ensemble de l'édifice théorique. Ce postulat apparaît démenti par la variabilité des catégories de rattachement en fonction des pays. Daniel Gutmann, *Droit international privé*, Cours Dalloz, série droit privé, Dalloz Paris, 1999, n° 32, p. 28.

⁶⁵² Entre autres la doctrine américaine. Il s'agit d'auteurs tels que Currie, Von Mehren et Trautmann. Cf. sur ce point Bernard Hanotiau, *Le droit international privé américain*, LGDJ Paris, 1979.

⁶⁵³ Paul Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI, 1986, I, n°41.

⁶⁵⁴ Hélène Gaudemet-Tallon, *L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales*, in mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn, *L'internationalisation du droit*, Dalloz Paris 1994, p. 186 et s.

⁶⁵⁵ Par exemple si on cherche la loi la plus favorable à une partie, une disposition d'une des lois peut lui être favorable mais l'autre loi peut lui être aussi favorable sur un autre plan.

⁶⁵⁶ Définition du contrat de transport maritime de marchandises telle qu'elle résulte de l'article 15 de la loi du 18 juin 1966.

tout de suite se reporter à celle des actes juridiques car il s'agit d'un contrat synallagmatique⁶⁵⁷ à titre onéreux⁶⁵⁸.

360. En l'absence de règles relatives à la loi applicable en matière de contrat dans le Code civil, c'est la jurisprudence qui a dû énoncer ces règles⁶⁵⁹. Les post-glossateurs⁶⁶⁰ soumettaient à l'origine les actes juridiques à une loi unique⁶⁶¹, celle du lieu de conclusion de l'acte : c'est la règle « locus regit actum ». A partir du seizième siècle, le domaine de la loi du lieu de conclusion de l'acte a été restreint aux seules règles de formes (et encore cette règle n'a pas de caractère impératif), les règles de fond étant en principe soumises à la loi choisie par les contractants, dite « loi d'autonomie ». Cette règle était une consécration de l'autonomie de la volonté, théorie subjective de la loi applicable au contrat, apparue sous la plume de Dumoulin. Cette théorie se justifie par l'idée que les parties doivent disposer du pouvoir de choisir la loi applicable aux obligations qu'elles contractent volontairement.

Cette conception fut remise en cause d'une part parce que le choix de la loi ne supprime pas le caractère impératif de celle-ci, d'autre part parce que, comme le souligne le Professeur Battifol⁶⁶², la volonté des parties n'est qu'un élément parmi d'autres qui permet de déterminer quel est, objectivement (conception objective de la loi applicable au contrat), le pays avec lequel le contrat entretient les relations les plus étroites.

361. La jurisprudence française, afin de tenir compte de ces critiques, avait adopté une position qui conciliait ces deux thèses. Celle-ci se retrouve dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 6 juillet 1959 (fourrures Renel⁶⁶³) : « la loi applicable au contrat, en ce qui concerne leur formation, leurs conditions ou leurs effets, est celle que les parties ont adoptée (...) ; à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux juges du fond de rechercher, d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants ».

Cette règle est la règle de conflit de lois française applicable aux actes juridiques internationaux. Le droit du transport international de marchandises par mer et d'une façon

⁶⁵⁷ Selon l'article 1102 du Code civil, « le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ».

⁶⁵⁸ Le contrat à titre onéreux est celui dans lequel chacun des contractants reçoit de l'autre un avantage équivalent. Article 1106 du Code Civil.

⁶⁵⁹ Françoise Monéger, *Droit international privé*, collection Objectif Droit, Litec Paris, 2ème éd., 2003, p. 157 et s.

⁶⁶⁰ École de romanistes qui a succédé, au quatorzième siècle, en Italie du nord, à l'école des glossateurs. *Lexique des termes juridiques*, op. cit.

⁶⁶¹ Daniel Gutmann, *Droit international privé*, Dalloz Paris, 1999, p. 172 et s.

⁶⁶² Henri Battifol, *Les conflits de lois en matière de contrats, Étude de droit international privé comparé*, 1938, Objectivisme et subjectivisme dans le droit international privé des contrats, Mélanges Maury, 1960, vol. 1, p. 39 et s.

⁶⁶³ Cass. Civ. I 6 juillet 1959, note de Battifol in *Revue Critique* 1959, n°708.

plus générale le droit maritime dont il fait partie, est une matière spécifique⁶⁶⁴ du fait de son objet mais aussi du fait qu'elle donne lieu à des conflits impliquant des Conventions internationales. Fait-elle l'objet de critères de rattachement spécifiques ?

2) L'existence de critères de rattachement spécifiques aux conflits impliquant des conventions internationales ou au droit maritime

362. Comme il l'a été démontré, un juge français ayant à résoudre un conflit de Conventions se trouve confronté à une insuffisance des solutions conventionnelles, celles-ci se révélant inefficaces pour résoudre tous les cas de conflits de Conventions, la présence d'une nouvelle Convention (projet de Convention de la CNUDCI) pouvant encore compliquer les choses. Il revient au juge de pallier cette insuffisance des Etats qui pourrait conduire à ce qu'une Convention ratifiée ou adoptée reste ignorée ou inappliquée.

Il dispose pour cela des solutions du droit international privé qu'il devra appliquer aux conflits impliquant des conventions internationales sur le transport international de marchandises par mer. Il pourra s'agir de critères de rattachements spécifiques aux conflits impliquant des conventions internationales (a) ou du critère de rattachement spécifique au droit maritime : l'utilisation de la loi du pavillon (b).

a) L'utilisation par le juge de critères de rattachement spécifiques aux conflits impliquant des conventions internationales

363. Des règles de conflit comme celle de l'application impérative des Conventions ou celle de la convention commune permettent de régler un certain nombre de conflits entre des lois ayant intégré des Conventions internationales divergentes qui peuvent intervenir devant le juge français.

- La règle de l'application impérative

364. Cette théorie, très contestée en doctrine, a été particulièrement développée pour les Conventions maritimes par Monsieur Nicolas⁶⁶⁵. En vertu de cette théorie, un transport au départ de la France est toujours soumis à la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de

⁶⁶⁴ Cf. infra n° 902 et s.

⁶⁶⁵ Pierre-Yves Nicolas, *Les Règles de Hambourg devant les tribunaux français*, DMF 1988, op. cit.

1979, et ce même si celui-ci est à destination d'un Etat qui n'a pas ratifié le Protocole de 1968 ou celui de 1979. En effet, dans un tel cas, le texte même du Protocole impose son application⁶⁶⁶.

Cette règle du droit international privé n'est pas stricto sensu une règle de conflit mais Monsieur Diallo la qualifie de critère spatial faisant partie des règles de rattachement systématique permettant de résoudre les conflits de Conventions⁶⁶⁷. Pour lui ce critère spatial consiste « à soutenir que le texte de la Convention détermine lui-même son champ d'application et qu'il suffit pour se prononcer sur son applicabilité ». Il en déduit que la Convention de 1924 dans sa version originale ou ses versions modifiées seraient applicables chaque fois que le connaissement a été émis dans un Etat contractant et que le trajet lie deux Etats différents. Les Règles de Hambourg seraient quant à elles applicables si le transport s'effectue au départ ou à destination d'un Etat contractant. Monsieur Diallo précise que « devant le juge d'un Etat contractant, l'application de ce critère ne peut poser de problème même si l'une des parties au litige est ressortissant d'un Etat tiers ». Ce raisonnement paraît incomplet. Pour être exact il faudrait spécifier que la Convention en question doit lier le juge saisi.

Cette théorie est contestable en ce qu'elle implique que le juge écarte le conflit de lois en appliquant impérativement la Convention internationale. Or celle-ci n'a de valeur normative qu'à l'égard des Etats. Comme l'indiquent Messieurs Mayer et Heuzé, les conventions dites « unifiantes » (ce qui est le cas des Conventions étudiées) « ne constituent des normes véritables que dans la mesure où les ordres nationaux sont chargés de les appliquer ; mais ce sont alors des normes nationales, qui coexistent dans chaque Etat signataire avec les règles de droit commun, dont elles viennent restreindre le champ d'application. Et entre ces règles nationales, seule une règle de conflit permet de choisir »⁶⁶⁸. Une conséquence de cette analyse est que si la convention en cause a donné lieu à des divergences d'interprétation, dans l'hypothèse où la règle de conflit du juge saisi désigne la loi d'un des Etats signataires et que les conditions d'application de la convention sont remplies, le juge saisi devra appliquer la convention en tant que droit étranger et donc chercher l'interprétation qu'en fait le juge étranger. Cette démarche, conforme à l'esprit du droit international privé, peut être source de complexité pour le juge saisi.

⁶⁶⁶ En ce sens : Cour d'appel de Paris, 26 février 1985, Bulletin des transports 1985, 273.

⁶⁶⁷ Ibrahima Khalil Diallo, *Conflits de lois et conflits de Conventions dans le transport international de marchandises par mer*, op. cit. , p. 645 et 646.

⁶⁶⁸ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, op. cit. , n° 94, p. 71 et 72.

Les défauts présentés par cette règle de l'application impérative conduisent naturellement à l'étude de la règle de la convention commune.

- La règle de la convention commune

365. La théorie de la convention commune est une règle de conflit plus classique⁶⁶⁹. Cette théorie se justifie aisément en droit international privé. Il est en effet logique que lorsque l'Etat du for est lié par deux Conventions réclamant leur application et qu'un Etat tiers est lié par seulement une des deux Conventions en conflit, c'est celle-ci qui sera applicable. En effet, il s'agit du respect du principe classique en droit international privé : « *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* » selon lequel un traité ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement. La règle de la convention commune est applicable si le rapport litigieux entre dans le champ d'application du texte et que les parties n'ont pas expressément choisi de l'écarter (à condition que le texte désigné soit plus favorable au chargeur). Ces deux conditions essentielles d'efficacité de la règle de la convention commune n'ont pas toujours été respectées⁶⁷⁰. Cette règle de conflit de Conventions, pour efficace et fondée qu'elle soit, permet seulement de résoudre des conflits dans des hypothèses assez limitées. Elle s'appliquera uniquement dans les relations entre un Etat partie à deux traités et un Etat partie au premier traité, et ce lorsque le transport litigieux entre dans le champ d'application du premier texte et que celui-ci n'a pas été écarté par les parties. Cette règle de conflit va permettre de régler les hypothèses de conflit de Conventions impliquant la France et un pays ayant adhéré aux Règles de Hambourg et à la Convention de Bruxelles modifiée par le Protocole du 21 décembre 1979 (il y a un conflit de Conventions possible car l'article 31 des Règles de Hambourg prévoit la dénonciation de la Convention de Bruxelles originale et dans sa version modifiée en 1968 mais pas dans sa dernière version, ce qui est logique car elle est postérieure aux Règles de Hambourg). Dans cette hypothèse, la Convention applicable sera la Convention de Bruxelles.

Devant l'incapacité de ces règles de conflits spécifiques aux conflits de lois impliquant des Conventions internationales à régler toutes les difficultés, d'autres règles de conflit doivent

⁶⁶⁹ La règle de la convention commune figure à l'article 30-4 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

⁶⁷⁰ Cf. jurisprudence de la 5^{ème} Chambre de la Cour d'appel de Paris du 26/02/1985, « Christian Vieljeux », BT 1985, 273. Il s'agissait d'un transport entre la France et Abidjan, le connaissance ayant été émis en France (Côte d'Ivoire). Transport pour lequel la Convention de 1924 dans sa version originelle avait vocation à s'appliquer (ratifiée par la Côte d'Ivoire) ainsi que la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1968 (ratifiée par la France). Les magistrats de la Cour d'appel ont appliqué la Convention de 1924 telle que modifiée par le Protocole de 1968.

être mises en œuvre. Le droit du transport international de marchandises par mer étant une composante du droit maritime, l'étude de la loi du pavillon, règle de conflit spécifique à cette matière, s'impose.

b) L'utilisation par le juge de la loi du pavillon, critère de rattachement spécifique au droit maritime

366. En matière maritime, la loi du pavillon est considérée comme étant la loi du navire. Celle-ci est « la loi fondamentale du voyage maritime »⁶⁷¹. Son application en matière de droit du transport international de marchandises par mer doit être appréciée.

- La loi du pavillon

367. Le choix de la loi du pavillon comme lien de rattachement des activités maritimes à la loi d'un Etat est justifié par la spécificité du droit maritime. Ce critère de rattachement propre au droit international maritime est une de ses originalités.

Ce critère de rattachement s'explique par le fait que les règles de conflit de lois terrestres ne sont pas adaptées. Il n'est pas possible de soumettre un transport maritime, ni d'ailleurs les transports aériens ou ferroviaires, à la *lex rei sitae*, règle de tradition territorialiste, qui veut que l'on applique aux biens corporels la loi du lieu de leur situation⁶⁷². En effet, les navires étant des biens meubles, ceux-ci ont vocation à se déplacer et se trouvent successivement dans des eaux territoriales d'Etats différents voire souvent en haute mer, lieu où ne s'exerce pas de souveraineté. Si les navires sont des biens meubles⁶⁷³ corporels, ils ont cependant une nature spéciale. Ils doivent tous posséder une nationalité qui résulte d'un document spécial⁶⁷⁴, dont ils doivent être pourvus, ainsi que du pavillon qu'ils sont autorisés à arborer par l'Etat dont ils relèvent. Les navires ont une nationalité juridique⁶⁷⁵. D'autre part, ils possèdent une individualité juridique dont l'illustration la plus frappante est le nom qu'ils portent, qui fait qu'en dépit de la multiplicité des biens matériels corporels qui les composent, ceux-ci ont un

⁶⁷¹ Arthur Nussbaum, *Deutsches internationales privatrecht unter besonderer berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen rechts*, Tübingen J. C. B. Mohr, 1932, p. 293. Cité par Pierre Bonassies, *La loi du pavillon et les conflits de droit maritime*, RCADI 1969, T 128, p. 536.

⁶⁷² Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, op. cit. , n° 460.

⁶⁷³ D'après l'article 531 du Code civil « Les bateaux, bacs, navires, moulins et bains sur bateaux... sont meubles... ».

⁶⁷⁴ L'acte de nationalité ou d'inscription dans un registre public du port d'attache.

⁶⁷⁵ Les voitures elles n'ont pas de nationalité juridique. René Rodière, *Traité général de droit maritime, introduction*, op. cit. , p. 138.

caractère d'unité qui permet de réputer chacun d'eux « universitas »⁶⁷⁶. En vertu de cette règle de conflit, les navires, même ceux qui ne sont pas la propriété d'un Etat, sont soumis aux lois et en général à la souveraineté de l'Etat dont ils sont autorisés à porter le pavillon. Il en résulte que la nationalité du navire et donc la loi applicable vont dépendre de son immatriculation. Cette règle de conflit applicable au navire est similaire à celle applicable en matière de statut personnel de l'individu où l'on se fonde aussi sur la nationalité de l'individu. Il est évident que cette similitude ne peut justifier l'application de la loi du pavillon à un conflit de lois en droit maritime. En effet, on ne saurait admettre que les navires soient des sujets de droit. Il faut alors trouver une autre justification doctrinale pour appliquer la loi du pavillon aux rapports juridiques d'ordre privé qui impliquent des navires.

Les autres justifications doctrinales qui existent sont fondées sur des fictions juridiques. Soit on considère les navires comme se trouvant toujours dans le port où se trouve leur domicile. Soit les navires feraient partie du territoire de l'Etat auquel ils appartiennent. Ces fictions doivent être rejetées avec force puisque le navire n'est pas une portion du territoire français, il ne peut être conçu comme une île ou une ambassade.

368. Le fondement juridique de ce principe d'application de la loi du pavillon paraît bien contestable. Ces fictions juridiques sont peu convaincantes. Se pose ainsi la question de l'appréciation de cette règle de conflit.

- L'appréciation de cette règle de conflit

369. Ce critère de rattachement a-t-il des bases rationnelles justifiant que les autorités judiciaires internes s'y réfèrent ?

D'abord, la vocation de la loi du pavillon à régir tout ou partie des conflits de lois maritimes rencontre le soutien d'une partie de la doctrine⁶⁷⁷. Celle-ci argue, entre autres justifications, qu'une application générale de la loi du pavillon permet d'assurer une certitude et une simplification de la règle de conflit. En effet, si toute relation juridique née à l'occasion de l'exploitation d'un navire est soumise à la loi du pavillon, on obtient un système harmonieux, simple et prévisible pour les acteurs du monde maritime qui est source de sécurité juridique. C'est pour ces raisons que ce critère de rattachement fut largement adopté par les droits

⁶⁷⁶ Giulio Dena, *Principes du droit international privé maritime*, op. cit. , p. 414 et s. Il faut traduire ce terme employé par Monsieur Dena en ayant recours au latin classique, le terme « universitas » désignant une totalité ou un ensemble (Dictionnaire petit Robert I, Le Robert, Paris, 1990).

⁶⁷⁷ Cf. par exemple Jacques Eynard, *La loi du pavillon*, thèse pour le doctorat en droit Aix-en-Provence, 1926 et Emmanuel du Pontavice : RTD Com. 1968, p. 768.

nationaux⁶⁷⁸. Le droit français interne consacre cette utilisation de la loi du pavillon du navire pour le contrat d'affrètement⁶⁷⁹ qu'elle régit sauf convention contraire des parties.

370. Cependant, cette théorie de la loi du pavillon est remise en cause par une partie de la doctrine moderne qui conteste le postulat de son application systématique à toute relation juridique née à l'occasion de l'exploitation d'un navire. Le Professeur Diena souligne à cet égard que ce serait « une erreur bien grave de croire que la règle conduisant à appliquer la loi du pavillon doit être réputée comme une panacée, propre à résoudre toute question de droit international privé maritime »⁶⁸⁰. Quant au Professeur Bonassies, il met en exergue la rigidité d'un tel système qui risque de méconnaître l'extrême complexité des relations juridiques maritimes ; même s'il reconnaît qu'un minimum de règles juridiques demeurent contrôlées par la loi du pavillon⁶⁸¹. Appliquer systématiquement cette règle de conflit, c'est retirer au juge la possibilité de tenir compte des cas d'espèces et d'appliquer parmi les rattachements possibles, celui qui est le plus à même de régir la situation en cause⁶⁸². Cette théorie préconisant l'utilisation de la loi du pavillon est d'autant plus contestable qu'elle permet, par le biais des pavillons de complaisance⁶⁸³, le développement du forum shopping⁶⁸⁴. Il serait en effet à craindre que des armateurs choisissent de rattacher leurs navires à un pays afin de bénéficier d'une législation plus favorable pour eux. Pour que cela soit condamnable, il faudrait que ces armateurs usent de moyens pour obtenir un détournement de compétence leur permettant d'échapper aux dispositions d'une loi normalement applicable. D'autre part, la question pourrait se poser de savoir s'il faut donner effet à la loi du pavillon ou rechercher la vraie nationalité du navire et appliquer une « loi du pavillon réelle » ?

371. Ces critiques et difficultés concrètes que pose la loi du pavillon font que celle-ci, même si elle reste la règle de base des conflits de lois en matière de droit maritime privé, est

⁶⁷⁸ On en trouve une référence exemplaire à ce critère de rattachement dans un arrêt de la jurisprudence anglaise de 1865 qui appliquait la loi du pavillon au contrat d'affrètement car : « l'utilisation d'un navire pour une opération dont la plus grande partie devait être réalisée en haute mer, lieu où, pour toutes compétences criminelles ou civiles, à l'égard de toute personne ou chose transportée à bord comme de tout contrat conclu à bord, ledit navire devait être considéré comme une île flottante sur laquelle la France avait une souveraineté aussi absolue que sur ses possessions terrestres ». Arrêt *Lloyd versus Guibert*, LJQB 241. La jurisprudence anglaise a ensuite évolué sur ce point.

⁶⁷⁹ « En matière internationale, le contrat d'affrètement est régi par la loi du pavillon du navire, sauf convention contraire des parties », article 3 de la loi du 18 juin 1966. Il s'agit donc d'une règle supplétive.

⁶⁸⁰ Giulio Diena, *Principes de droit international privé maritime*, op. cit. , p. 422.

⁶⁸¹ Pierre Bonassies, *La loi du pavillon et les conflits de droit maritime*, op. cit. , p. 520 et s.

⁶⁸² Pour le Professeur Bonassies il s'agit de concilier les « exigences de la justice individuelle et des impératifs de la vie en société ».

⁶⁸³ Il s'agit de navires arborant un pavillon national d'un Etat autre que celui qu'il devrait avoir, compte tenu de la nationalité de son propriétaire et de son équipage. René Rodière, *Traité général de droit maritime, Introduction l'armement*, op. cit. , n° 375, p. 486.

⁶⁸⁴ Cette expression est utilisée bien qu'elle ne soit pas la plus adéquate comme le souligne Ana Atallah in *Quelques réflexions sur le développement du forum shopping*, DMF 2001, p. 880 et 881.

cependant remplacée par d'autres critères de rattachement plus adaptés comme la loi d'autonomie ou la loi du lieu de situation.

Appliquer aux transports maritimes la loi du lieu de situation (*lex rei sitae*) semble relativement malaisé car le navire est un meuble ayant une vocation permanente à se déplacer. Il en résulterait d'inextricables difficultés pour déterminer la loi applicable à un litige ayant pris son origine durant une traversée. C'est pourquoi Monsieur Eynard⁶⁸⁵ propose de se fonder sur cette loi tout en considérant que le navire est une chose qui conserve, quel que soit le lieu où il voyage, son caractère national. Ainsi pour lui le navire serait assez semblable à un immeuble qui se déplace. Cet « immeuble mobile » aurait une assiette fixe localisée au port d'attache, le *situs rei* serait pour Monsieur Eynard le pays de ce port d'attache⁶⁸⁶, siège de sa personnalité fictive. Cette règle de rattachement, fondée sur une fiction, n'est pas celle qui s'applique en droit du transport international de marchandises par mer.

Dans cette matière, le contexte du commerce international et l'importance de la nature contractuelle de la relation font que le juge essaie d'abord de déterminer l'intention des parties. Il est, en effet, traditionnel au sujet de l'exploitation du navire de laisser aux parties la liberté de choisir la loi qui régira leurs relations (hormis l'hypothèse où des règles d'ordre public soumettent le contrat à tel régime ou telle réglementation qui prévoira en général soit la compétence du lieu de départ, d'arrivée⁶⁸⁷, de livraison, d'émission du connaissement, de chargement ou déchargement mais pas la loi du pavillon).

Un renvoi à la loi du pavillon est cependant effectué par des autorités nationales, pour une relation juridique internationale, et ce lorsque la législation nationale en question ne renferme pas de règles *ad hoc*. Il s'agirait de ce fait d'un renvoi tacite, implicite, du droit interne au droit international, sachant que celui-ci ne saurait faire obstacle à l'application du droit international matériel dans le droit interne.

En ce qui concerne cette application du système local de conflits de lois et l'éventuelle utilisation de la loi du pavillon, il faut souligner que pour la majorité des Etats européens, une unification conventionnelle des règles de conflit de lois semble rendre ces problèmes caducs tout en confirmant l'importance de la loi d'autonomie.

⁶⁸⁵ Jacques Eynard, *La loi du pavillon*, thèse pour le doctorat en droit, Aix-en-Provence, 1926, p. 20.

⁶⁸⁶ André Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, Larose et Forcel Paris, 1901, T IV, p. 308 et 309.

⁶⁸⁷ C'est le cas en France pour les transports maritimes de marchandises non couverts par la Convention de Bruxelles. L'article 16 de la loi du 18 juin 1966 soumet aux dispositions de ce texte ceux « effectués au départ ou à destination d'un port français ».

Paragraphe 2 – La résolution des conflits de lois en matière de transport international de marchandises par mer par la Convention de Rome

372. La Convention de Rome contient des règles de conflit. Le dispositif de cette Convention doit être appliqué aux conflits de lois potentiels en droit du transport international de marchandises par mer (A) avant d’apprécier l’apport éventuel de la Convention de Rome à l’unification de la matière (B).

A) L’identification de la loi applicable à un transport international de marchandises par mer par la Convention de Rome

373. Les solutions contenues dans le droit international privé pour résoudre les conflits de lois en matière contractuelle sont d’origine nationale. Il règne, de ce fait, une grande diversité, source d’incertitude pour les commerçants. Au choix traditionnel d’une loi étatique par le biais de l’autonomie de la volonté, on oppose la réglementation substantielle par les différentes règles matérielles, qu’elles émanent de législateurs internes ou internationaux ou encore de professionnels du commerce international⁶⁸⁸.

C’est le constat de cette « crise des conflits de lois »⁶⁸⁹ qui a amené les autorités européennes à s’attaquer à la construction d’un droit international privé communautaire. Afin de supprimer la survivance de règles de conflits de lois différentes dans les pays de la CEE qui risquaient de perpétuer des divergences de solutions, préjudiciables aux intérêts particuliers. La Belgique a adressé le 8 septembre 1967 à la Commission européenne une invitation à réaliser une unification des règles de conflits de lois⁶⁹⁰ portant loi uniforme relative au droit international privé. A partir de 1969 se tinrent des réunions des experts gouvernementaux des six pays fondateurs de la CEE, ceux-ci aboutirent en 1972 à un avant-projet puis à la Convention de Rome dans sa forme définitive qui fut adoptée le 19 juin 1980 et entra en vigueur le 1^{er} avril 1991.

374. En ce qui concerne le dispositif général, les rédacteurs de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ont opté pour une approche dualiste : cette Convention se substitue entièrement dans son champ d’application aux

⁶⁸⁸ Jacques Foyer, *L’avant-projet de Convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles*, JDI 1976, p. 560 et s.

⁶⁸⁹ Expression employée par M. Kegel in *The crisis of conflict of laws*, RCADI, T112, p. 95 et s.

⁶⁹⁰ Sur la base du projet de Traité Benelux.

différentes solutions conventionnelles des Etats membres et devient le droit international privé commun. Ainsi, à propos des conflits de lois relatifs aux contrats, les solutions ne sont plus d'origines nationales mais de sources conventionnelles. Il s'agit, pour cette matière, d'un renvoi à des règles matérielles spéciales d'origines supranationales.

Se pose à présent la question de savoir si cette Convention peut régir un conflit de lois se rapportant à un transport maritime international de marchandises. Pour ce faire, une définition de son champ d'application s'impose (1) avant de pouvoir étudier les dispositions qu'elle contient pour déterminer la loi applicable (2).

1) La vocation de la Convention de Rome à s'appliquer à un transport international de marchandises par mer

375. La Convention de Rome du 19 juin 1980 constitue une unification sur le plan européen⁶⁹¹ des règles de conflit applicables aux obligations contractuelles. Ce texte a, pour un juge français, valeur générale et s'applique même en dehors des relations communautaires⁶⁹². Précisons que cette Convention exclut un certain nombre de contrats et qu'elle ne s'applique qu'à ceux conclus après le 1^{er} avril 1991. Dans la liste des contrats exclus figurent les obligations nées « de lettre de change... ainsi que d'autres instruments négociables, dans la mesure où les obligations nées de ces autres instruments dérivent de leur caractère négociable. »⁶⁹³. Cet article vise les obligations cambiales⁶⁹⁴.

Or, il existe une théorie cambiale du connaissance qui pourrait exclure l'application de la Convention de Rome aux transports sous connaissance. Il a, en effet, été vu que la fonction première du connaissance est d'être la preuve de la réception des marchandises, mais que cet écrit est aussi traditionnellement la preuve du contrat passé entre le chargeur et le transporteur⁶⁹⁵. Celui-ci représentant aussi la marchandise, facilite la réalisation du gage sur les marchandises embarquées. Cependant cette théorie cambiale du connaissance n'a jamais abouti à la reconnaissance d'obligations cambiales entre les acteurs du transport maritime. Il en résulte que la Convention de Rome est applicable aux transports sous connaissance.

⁶⁹¹ Dans le cadre de la Communauté européenne.

⁶⁹² Pierre Bonassies, *Le droit international et le droit communautaire en 1998-1999*, Scapel 1999, p. 122 et 123.

⁶⁹³ Article premier-c.

⁶⁹⁴ Les obligations cambiales sont toutes celles qui ont trait à la lettre de change ou aux autres effets de commerce (titre négociable qui constate l'existence au profit du porteur d'une créance à court terme et sert à son paiement). *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, op. cit.

⁶⁹⁵ Cf. supra n° 234.

Les Etats européens se trouvant dans l'obligation de recourir aux règles de conflit de lois pour résoudre un conflit de conventions devront appliquer le titre II de la Convention de Rome. Cette Convention présente en outre un caractère universel ce qui signifie que la loi qu'elle désigne s'applique même si c'est celle d'un Etat non contractant⁶⁹⁶. Elle s'applique sans réciprocité⁶⁹⁷. La Convention de Rome ne régit pas que les contrats internationaux mais s'applique aussi aux contrats internes comportant un conflit de lois⁶⁹⁸.

376. En ce qui concerne d'abord les contrats internationaux, la Convention ne donne aucune définition du contrat international. Il incombe au juge du for de retenir des critères pour qualifier ainsi ces contrats⁶⁹⁹. Il est possible d'hésiter entre une conception strictement juridique du contrat international⁷⁰⁰ et une conception économique. C'est la première qui a été retenue par la Convention de 1924 telle que modifiée par le Protocole de 1968⁷⁰¹ et par les Règles de Hambourg⁷⁰².

Il est aussi possible de pencher pour une conception économique du contrat international. Selon celle-ci, le contrat est international dès lors qu'il met en jeu les intérêts du commerce international. Les droits positifs des différents Etats membres paraissent hésiter sur cette question⁷⁰³. Il semble cependant que le critère retenu par les Conventions maritimes ne soit pas celui retenu par la Convention de Rome. En effet, un contrat de transport qui s'effectue entre les ports d'un même Etat mais qui est conclu entre personnes de nationalité différente, est, par définition, un contrat lié à plus d'un ordre juridique qui satisfait aux exigences de l'article 1-1 de la Convention de Rome. De plus, le fait que la Convention s'applique dans

⁶⁹⁶ « La loi désignée par la présente Convention s'applique même si cette loi est celle d'un Etat non contractant », article 2.

⁶⁹⁷ Yves Lequette, *L'évolution des sources nationales et conventionnelles du droit des contrats internationaux*, in « journées René Savatier » du 24-25 octobre 1985 : *l'évolution contemporaine du droit des contrats*, p. 188 et s.

⁶⁹⁸ C'est ce qui résulte de l'article 1-1 de cette Convention. L'avant projet de la Convention prévoyait que la Convention serait applicable « dans les situations ayant un caractère international » mais ce terme n'a finalement pas été retenu en raison des grandes difficultés quant à la concrétisation de cette notion, cf. : P.M. North : *The E.E.C. Convention on the law applicable to contractual obligations (1980) : its history and main features*, Contracts Conflicts, The E.E.C. Convention on the law applicable to contractual obligations : a comparative study, edited by P.M. North, 1982, 9.

⁶⁹⁹ Jacques Foyer, *Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, Clunet 1991, 604.

⁷⁰⁰ Le contrat est international dès lors qu'existe un élément d'extranéité, tel que, par exemple, nationalité d'une partie, lieu de la conclusion, lieu d'exécution.

⁷⁰¹ « ...Transport de marchandises entre ports relevant de deux Etats différents... », article 10 de la Convention modifiée.

⁷⁰² « Les dispositions de la présente Convention s'appliquent à tous les contrats de transport par mer entre deux Etats différents... », article 2 des Règles de Hambourg.

⁷⁰³ Pierre Lalive, *Sur la notion de contrat international*, in *Multum non Multa*, Mélanges Lipstein, Heidelberg, Müller 1980, p. 135 à 155.

certains cas aux contrats de transports de marchandises par mer purement internes milite pour la prise en compte tant du critère économique que de celui juridique⁷⁰⁴.

377. En effet, la Convention de Rome a vocation à s'appliquer à des contrats internes. Le fait que la Convention ne se limite pas aux seules relations internationales, signifie qu'elle s'applique à toutes les obligations contractuelles visées comportant un conflit de lois même si celui-ci est un conflit interne faisant intervenir un seul Etat⁷⁰⁵. Il s'agit ici des conflits de lois qui peuvent se présenter dans les Etats à système juridique non unifié comme le Royaume-Uni ou les Etats-Unis. Par conséquent la Convention s'applique aux conflits de lois « interbritanniques » ou « interaméricains » qui ont été introduits devant les tribunaux d'un Etat contractant de la Convention⁷⁰⁶. Dans le cas où le contrat en conflit n'a de lien qu'avec l'Etat au système juridique non unifié, le juge de cet Etat a la possibilité d'appliquer la Convention de Rome⁷⁰⁷, mais la Convention ne l'y oblige pas⁷⁰⁸. En effet, dans ce cas, la situation présente bien un conflit de lois, mais ce conflit est interne à l'Etat considéré et on ne saurait alors faire peser sur cet Etat la contrainte d'une obligation internationale⁷⁰⁹. Ainsi un juge français pourra avoir à appliquer les solutions de la Convention de Rome à un transport de marchandises par mer s'effectuant entre deux ports relevant tous les deux du Royaume-Uni, mais qui se trouveraient l'un en Ecosse et l'autre en Angleterre.

Au delà de cette hypothèse qui ne concerne pas directement notre système juridique unifié, la Convention de Rome s'applique aussi à un contrat qui objectivement présente les caractères d'un contrat interne (et ce même dans un pays au système juridique unifié), mais auquel les parties ont conféré un caractère international en le soumettant à une loi étrangère.

La Convention de Rome accorde une grande place à la volonté des parties qui peuvent soustraire leur contrat à la loi interne applicable. La Convention limite toutefois cette autonomie de la volonté des parties en prévoyant que, lorsque tous les éléments de la situation

⁷⁰⁴ M. Athanassios Kontos, *La loi applicable aux contrats de transport international de marchandises par mer*, mémoire pour le DEA de droit international privé et du commerce international, sous la direction du Professeur Jacques Foyer, 1998, Paris II, 76 p., p. 50.

⁷⁰⁵ P.M. North, *The E.E.C. Convention on law applicable to contractual obligations (1980) : its history and main features*, op. Cit., 9.

⁷⁰⁶ « Lorsqu'un Etat comprend plusieurs unités territoriales dont chacune a ses propres règles en matière d'obligations contractuelles, chaque unité territoriale est considérée comme un pays aux fins de la détermination de la loi applicable selon la présente Convention », article 19-1 de la Convention.

⁷⁰⁷ « Les dispositions de la présente Convention sont applicables, dans les situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles », article 1-1.

⁷⁰⁸ « Un Etat dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière d'obligations contractuelles ne sera pas tenu d'appliquer la présente Convention aux conflits de lois intéressant uniquement ces unités territoriales », article 19-2.

⁷⁰⁹ Juris-Classeur Europe, n°7, *La Convention de Rome du 19 juin 1980*, par Hélène Gaudemet-Tallon, fascicule 3200, p. 12, n° 51 et 52.

sont localisés dans un même pays, le choix par les parties d'une loi étrangère ne doit pas porter atteinte aux dispositions impératives de ce pays⁷¹⁰.

378. Reste juste une question à régler, celle du moment pour apprécier si « la situation comporte un conflit de lois ». Il se peut, en effet, qu'en raison de l'évolution de la situation contractuelle (par exemple, un changement de nationalité ou de domicile des parties ou une extension à un territoire étranger de l'exécution du contrat...) un contrat à l'origine purement interne présente ultérieurement un caractère international. Dans ce cas là, à quel moment se placer ? Faut-il se placer lors de la conclusion du contrat ou lorsque le litige est porté devant les tribunaux ?

Le Professeur Gaudemet-Tallon estime qu'il suffit que cette condition soit présente au moment du litige, en raison du caractère impératif et non supplétif de la Convention qui rend nécessaire une interprétation extensive et non restrictive de son champ d'application⁷¹¹. Pourtant, si l'on se reporte à la position de la jurisprudence française quant au critère de l'existence d'un conflit de lois en matière de trajet international, on se réfère à la conclusion du contrat puisque le déplacement de la marchandise constitue la seule raison de la conclusion d'un tel contrat. L'analyse du Professeur Gaudemet-Tallon paraît cependant être conforme à l'esprit de la Convention. Il en résulte que tombera dans le champ d'application de la Convention, tout contrat de transport de marchandises par mer qui présente un conflit de lois. Il suffit pour cela que ce litige soit présent au moment de l'introduction de l'instance.

La Convention a ainsi un champ d'application relativement étendu. Elle vise largement les contrats de transport de marchandises par mer. Il faut maintenant étudier le système de détermination de la loi applicable qu'elle contient.

2) Le dispositif de détermination de la loi applicable au transport international de marchandises par mer

379. En reprenant de façon très synthétique le dispositif de détermination de la loi applicable élaboré par la Convention, il faut souligner que, selon ce texte, la loi du contrat est celle choisie par les parties (a). En l'absence de choix, la Convention de Rome prévoit la compétence de la loi ayant les liens les plus étroits avec le contrat (b). Ce mécanisme peut cependant être perturbé par l'intervention des lois de police⁷¹² et de l'ordre public du for⁷¹³ (c

⁷¹⁰ Paul Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats*, RCDIP 1991, p. 293 et 294.

⁷¹¹ Hélène Gaudemet-Tallon, *La Convention de Rome du 19 juin 1980*, Juris-Classeur Europe, op. cit. , n°54.

⁷¹² « Lors de l'application, en vertu de la présente Convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné

et d). Ce dispositif va être appliqué au droit du transport international de marchandises par mer.

a) La loi est celle choisie par les parties

380. Cette Convention instaure un principe de liberté de choix. L'article 3-1 dispose que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». Il s'agit, ici, d'une consécration de l'autonomie de la volonté. Cependant, on ne se réfère pas qu'au choix exprès des parties. On admet, lorsque les parties n'ont pas fait de choix exprès, la théorie de la localisation objective. Il s'agit d'un compromis entre la conception subjective et celle objective⁷¹⁴. Cette solution a permis de mettre fin aux hésitations de la jurisprudence française en la matière⁷¹⁵. Ici encore, on n'exige pas l'existence d'un lien effectif avec le pays dont la législation est choisie. Les parties peuvent même scinder le droit applicable à leur contrat⁷¹⁶. Malgré tout, cette liberté accordée aux parties n'est pas absolue. Elle est limitée par plusieurs exceptions. La plus importante étant celle posée par l'article 3-3 qui dispose que « le choix par les parties d'une loi étrangère (...) ne peut, lorsque tous les éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat ».

Qu'en est-il à présent de la détermination de la loi applicable en l'absence de choix par les parties ?

effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat... », article 7 de la Convention de Rome.

⁷¹³ « L'application d'une disposition de la loi désignée par la présente Convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for », article 16 de la Convention de Rome.

⁷¹⁴ La conception subjective transpose en droit international l'autonomie de la volonté, et ce sous l'influence de la philosophie Kantienne, dans toute sa plénitude. Il en résulte que si les parties n'ont pas choisi expressément la loi applicable à leur contrat, il reviendra au juge de dégager leur volonté tacite ou présumée. Cette conception a fait, au début du vingtième siècle, l'objet de critiques. Il a d'abord été objecté qu'il était délicat pour le juge d'interpréter le silence des parties. Ensuite il a été objecté qu'en droit international privé il n'appartient pas aux parties de choisir la loi qui gouverne leurs relations, mais à la loi de décider quelles relations elle gouverne.

C'est pour répondre à ces critiques que des auteurs (le principal étant Batiffol) ont élaboré la théorie de la localisation objective. Selon cette conception, le juge doit procéder à une localisation objective du contrat. Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, *Droit international privé*, op. cit. , n° 176-1 et s. et 378-5 et s.

⁷¹⁵ Si un arrêt de principe de la Cour de cassation en date du 24/04/1952 semble consacrer la théorie subjective RCDIP 1952, 504 note Henri Motulsky. Un autre arrêt de la Cour de cassation du 29/06/1971 semble préférer celle objective, Clunet 1972, 51 note Clunet. On trouve par la suite des arrêts allant dans le sens des deux théories.

⁷¹⁶ L'article 3-1 admet que « les parties peuvent désigner la loi applicable à tout ou à une partie seulement de leur contrat » c'est pratiquement permettre le « dépeçage » du contrat.

b) La détermination de la loi applicable en l'absence de choix par les parties

381. L'autre partie du dispositif de la Convention est qu'en l'absence de choix par les parties, la loi applicable est déterminée par une méthode plus objective. L'article 4-1 de la Convention de Rome pose un principe simple selon lequel « le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ». Ce principe est complété par des présomptions qui ont été introduites dans un évident souci de sécurité juridique et qui permettent de déterminer aisément la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits⁷¹⁷. Une présomption générale est prévue par l'article 4-2 ; « il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ». Cette solution est adaptée à la matière contractuelle puisque le choix du lieu où l'exécution du contrat devait avoir lieu présentait l'inconvénient de pouvoir être multiple.

382. A côté de cette présomption générale, la Convention pose des présomptions spéciales dont une intéresse particulièrement la matière qui fait l'objet de cette étude, il s'agit des contrats de transport.

Ils sont soumis à la règle spéciale de l'article 4-4 qui utilise la méthode de convergence des points de contact. Cette règle permet de présumer que le contrat entretient les liens les plus étroits avec le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat, lorsque ce pays coïncide soit avec le pays de chargement ou de déchargement, soit avec le pays de l'établissement principal de l'expéditeur.

Le système prévu par la Convention de Rome du 19 juin 1980 est assez souple puisqu'il laisse le juge assez libre. Celui-ci est en effet aidé par les présomptions sans être lié par elles. De façon plus concrète, rien ne paraît devoir interdire au juge français saisi de conclure, en vertu de cette disposition, que tel pays est le pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits, et d'appliquer les Règles de Hambourg non pas en tant que Convention internationale, mais en tant que loi de ce pays.

La Convention de Rome privilégie la volonté des parties. La loi du contrat peut cependant être écartée par une loi de police.

⁷¹⁷ Il s'agit d'une autre différence notable avec le système jurisprudentiel français.

c) L'intervention des lois de police

383. La question qui se pose est de savoir si le dispositif de la Convention de Rome sur les lois de police peut interférer dans la matière étudiée ?

- L'exception des lois de police

384. Cette exception à la volonté des parties est prévue à l'article 7 de la Convention de Rome. Ces lois de police sont des « lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays »⁷¹⁸. Ce sont des dispositions impératives qui vont s'appliquer à une situation donnée, même si cette situation présente des liens avec un autre Etat. La Convention de Rome dispose : « 1. Lors de l'application, en vertu de la présente Convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.

2. Les dispositions de la présente Convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ».

La Convention de Rome donne ainsi effet à la fois aux lois de police du for (alinéa 2) et à celles étrangères (alinéa 1). C'est le législateur mais aussi le juge qui donneront la qualification de lois de police à des dispositions du droit interne. Celles-ci doivent s'imposer et ce quelles que soient les circonstances de l'espèce et la loi étrangère éventuellement applicable. Comme l'écrit Monsieur Giuliano, « ce caractère ne dépend pas de la matière dans laquelle elles interviennent, mais de la volonté du législateur qui les édicte »⁷¹⁹. La question de la prise en compte des lois de police étrangères a passionné la doctrine⁷²⁰. Elle pouvait se résumer en ces termes : le juge doit-il ou non obéir aux ordres d'un législateur étranger ?

⁷¹⁸ Définition de Phocion Francescakis figurant au Répertoire de droit international Dalloz, 1ère éd. sur *les conflits de lois*, il en donne une autre définition : « les lois dont l'intérêt pour la société étatique (française) est trop grand pour entrer en concurrence avec les lois étrangères », cf. aussi du même auteur RCDIP 1966, 14.

⁷¹⁹ Giuliano, Lagarde et Van Sasse Van Ysselt in *Rivista di diritto internazionale civile e processuale* 1973, p. 200 et s.

⁷²⁰ La thèse pour le doctorat en droit d'Annie Toubiana s'en fait l'écho, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, Paris, 1972.

385. La notion de « dispositions impératives de la loi d'un autre pays » doit d'abord être précisée. Le Professeur Bonassies fait remarquer que la Convention de Rome envisage le cas des lois de police dans son sens strict et non les dispositions d'ordre public d'une convention internationale par lesquelles un pays est lié⁷²¹. En effet, si une convention est applicable par un Etat de façon impérative, cela ne signifie pas que les dispositions de la Convention sont d'ordre public.

La Convention subordonne la prise en compte des lois de police étrangères à la double condition que la situation présente un lien étroit avec ce pays (critère de proximité), et que la loi de police en question se reconnaisse compétente pour régir le contrat. Précisons cependant que le juge saisi ne semble pas obligé de mettre en œuvre une loi de police étrangère. La formulation de l'article 7-1 précise « il pourra être donné effet » ce qui implique que le juge saisi n'est pas obligé d'appliquer les dispositions d'une loi de police étrangère⁷²².

Cette notion de « prise en compte » des lois de police étrangère ne semble pas assurer aux cocontractants une grande prévisibilité dans la mesure où le juge appréciera si le contrat se rattache suffisamment à cette loi étrangère pour pouvoir être pris en charge par cette loi de police. Il appréciera aussi si cette loi de police n'est pas excessive eu égard à l'objet même du contrat. Cette non-automaticité se justifie cependant par le fait qu'il pourrait être dangereux de soumettre le contrat à toutes les lois de police avec lesquelles il entre en contact : d'abord parce que celles-ci peuvent être nombreuses et contradictoires, ensuite parce qu'il serait difficile à faire admettre que des juges aient à se conformer à la politique d'un Etat étranger. Il semble que par ces dispositions, la Convention ne met pas sur un pied d'égalité la loi du for et la loi étrangère. Pourtant il vient d'être vu qu'un tel traitement se justifie.

386. Malgré tout, il reste que la Convention consacre, de façon générale, le caractère impératif des lois de police. Celui-ci étant encore renforcé par le fait qu'elles sont également applicables en l'absence de désignation par les parties d'une loi régissant le contrat. On prend en compte les dispositions des lois de police même quand la loi est déterminée d'une façon plus objective.

⁷²¹ Observation de Pierre Bonassies à l'occasion d'une consultation, pour la SCP Scapel, non publiée à propos de deux décisions du TC de Marseille du 16 juillet 1996, citée par Guillaume Tarin, *Les conflits de Conventions internationales en droit du transport de marchandises par mer*, op. cit. , p. 58.

⁷²² Daniel Gutmann, *Droit international privé*, op. cit. , p. 179.

- Les incidences de ce dispositif sur le droit du transport international de marchandises par mer

387. Ce mécanisme entraîne des conséquences en ce qui concerne le droit du transport maritime international de marchandises. Tout d'abord, précisons que cette disposition permet au juge français de continuer à appliquer la loi française (ses dispositions d'origine interne) aux transports à destination d'un port français, « non soumis aux dispositions d'une Convention internationale à laquelle la France est partie »⁷²³. En effet, la Convention de Rome ne semble pas remettre en cause, devant un juge français, la prépondérance de la loi de 1966 qui est considérée soit comme une loi de police en vertu de son article 16⁷²⁴ ou tout du moins comme une règle de conflit unilatérale. Cette disposition de la Convention de Rome pose des problèmes d'application lorsque les dispositions impératives d'un autre pays, qui peuvent être et sont même souvent des dispositions d'origine conventionnelle, ont vocation à régir le transport litigieux. Dans le cas classique où la disposition étrangère applicable est la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg), deux hypothèses doivent être distinguées : celle dans laquelle le juge français doit trancher un conflit entre la Convention de Bruxelles de 1924 (que la France a ratifiée) et les Règles de Hambourg et celle dans laquelle la Convention de Bruxelles de 1924 n'a pas vocation à s'appliquer.

388. L'exemple classique des difficultés que la disposition sur les lois de police de la Convention de Rome pose est le cas dans lequel le juge français lié par la Convention de Bruxelles a connaissance d'un transport de la France à destination de la Tunisie, Etat lié par les Règles de Hambourg. Dans cette hypothèse, la Convention de Bruxelles, dans sa version adoptée par la France⁷²⁵ est applicable⁷²⁶. Les Règles de Hambourg sont elles aussi applicables puisque l'article 2 de cette Convention prévoit que celle-ci régit les contrats de transport par mer lorsque le port de déchargement prévu dans le contrat de transport est situé dans un Etat contractant (article 2-b), ce qui est le cas. Il faut alors déterminer si, dans cette hypothèse, l'article 7 de la Convention de Rome oblige le juge français à donner effet aux

⁷²³ Pierre Bonassies note au DMF, janvier 1992, p. 4 à 7.

⁷²⁴ L'article 16 de la loi du 18 juin 1966 dispose : « le présent titre est applicable aux transports, effectués au départ ou à destination d'un port français, qui ne sont pas soumis à une Convention internationale à laquelle la France est partie, et en tout cas aux opérations de transport qui sont hors du champ d'application d'une telle Convention... ».

⁷²⁵ Modifiée par ses deux Protocoles.

⁷²⁶ L'article 10-c de la Convention modifiée précise que celle-ci est applicable lorsque le transport a lieu au départ d'un port d'un Etat contractant.

dispositions des Règles de Hambourg⁷²⁷ comme étant une disposition impérative de la loi tunisienne, loi qui présente un lien étroit avec le contrat ?

Le Professeur Bonassies estime que l'article 7 de la Convention de Rome permet d'appliquer les « dispositions impératives de la loi d'un autre pays », et ce même une fois acquis qu'un contrat est soumis à telle ou telle loi⁷²⁸. Pourtant, il reconnaît l'application de principe de la Convention de 1924 modifiée, mais se demande si certaines dispositions des Règles de Hambourg, plus favorables aux intérêts de la marchandise que celles de la Convention de 1924, ne sont pas applicables à ce type de transport. Un élément de réponse sur l'attitude du juge français, en ce qui concerne la prise en compte d'une loi de police étrangère par le juge français, peut être trouvé dans un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 2 décembre 1999. L'affaire du « World Apollo » est une espèce dans laquelle le transport maritime avait été effectué entre la Thaïlande et le Sénégal par un armateur domicilié au Libéria et à destination d'un réceptionnaire sénégalais domicilié, on le présume, à Dakar. Le connaissance avait été émis en Thaïlande. Ni le Libéria ni la Thaïlande n'étaient liés aux différentes versions de la Convention de Bruxelles ou à celle de Hambourg⁷²⁹. Le Sénégal avait adhéré à la Convention de Bruxelles de 1924 en 1978, et ensuite sans l'avoir dénoncée avait ratifié en 1988 les Règles de Hambourg. Les parties avaient invoqué un moyen selon lequel les Règles de Hambourg devaient être qualifiées de lois de police au sens de la Convention de Rome. En réponse à ce moyen, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, le 2 décembre 1999, relève qu'« il ne peut être retenu que la Convention du 30 mars 1978 doit être considérée comme loi de police, au sens de l'article 7 de la Convention de Rome du 17 juin 1980, du pays du port de déchargement au motif qu'elle y aurait été promulguée comme loi de l'Etat ; que si la loi n° 86-11 du 24 janvier 1986 publiée au Journal Officiel de la République du Sénégal du 20 décembre 1986 comporte effectivement la formule « la présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat », la portée de cette clause de style se réduit à l'objet de son article unique qui est d'autoriser le Président de la République à apporter l'adhésion du Sénégal à ladite Convention et non d'incorporer son contenu au droit interne de cet Etat »⁷³⁰. Pour le Professeur Bonassies, « on pourrait envisager que les dispositions des Règles de Hambourg concernant le montant de la limitation de responsabilité du transporteur, comme aussi la règle que ledit transporteur ne peut s'exonérer de la faute nautique de son capitaine,

⁷²⁷ Les Règles de Hambourg étaient applicables à ce rapport car le port de déchargement se trouve en Tunisie.

⁷²⁸ Pierre Bonassies, *Le droit international et le droit communautaire en 1998-1999*, op. cit., p. 122 et 123.

⁷²⁹ Le Libéria a adhéré aux Règles de Hambourg le 16/09/2005.

⁷³⁰ Pierre-Yves Nicolas in DMF 2001, p. 308. S'agissant de la première instance : Tribunal de commerce de Marseille du 23 janvier 1996, Scapel 1996, p. 51.

soient appliquées à un transport France-Tunisie par un tribunal français, ce en tant que dispositions impératives de la loi d'un autre pays »⁷³¹.

Sur ce point, il semble difficile de souscrire à l'opinion du Professeur Bonassies puisque dans cette hypothèse, et de façon générale si le juge d'un Etat lié par la Convention de Rome est aussi lié par une des conventions en conflit, celle-ci s'applique de façon impérative. En effet, d'une part l'article 7-2 prévoit que la Convention (de Rome) ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation. Il semble qu'en vertu de cet article, les dispositions de la Convention de Rome sur les lois de police ne peuvent porter atteinte à l'application d'une Convention maritime par laquelle l'Etat du siège est lié. D'autre part, l'article 21 de la Convention de Rome dispose que « la présente Convention ne porte pas atteinte à l'application des Conventions internationales auxquelles un Etat contractant est ou sera partie ». Le Professeur Bonassies souligne d'ailleurs dans une autre note que « la France est partie à la Convention de 1924. Dès lors que les dispositions de cette Convention s'appliquaient aux transports concernés, les dispositions de l'article 7 de la Convention de Rome ne pouvaient en tout état de cause être invoquées pour écarter celles de la Convention de 1924 »⁷³². La formulation impérative de l'article 21 interdit l'application de l'article 7-2, et donc celle d'une Convention internationale étrangère dans un pays européen lié par une des Conventions maritimes en conflit.

389. Une autre hypothèse peut aussi poser problème. Lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable à leur contrat et, qu'en vertu de la Convention de Rome, la loi française est désignée (et donc les dispositions d'origine conventionnelle qui la composent), les Règles de Hambourg peuvent-elles avoir vocation à régir ce transport au titre de loi de police étrangère ? On trouve ici posé le problème de l'application de l'article 7-1. Soulignons à cet égard que pour opérer, cet article requiert la réunion de quatre conditions cumulatives. Il faut d'abord que les règles de conflit de la Convention de Rome désignent la loi d'un premier pays ne contenant pas de dispositions régissant impérativement la situation, et ce quelle que soit la loi applicable au contrat. Il faut ensuite qu'il existe une disposition impérative dans la loi d'un second pays, que cette disposition impérative soit applicable, selon la loi du deuxième pays, quelle que soit la loi régissant le contrat. Il faut enfin que la situation litigieuse présente un lien étroit avec le deuxième pays. Sans même évoquer le problème de l'éventuelle application

⁷³¹ Pierre Bonassies, *ibid.*

⁷³² Observation de Pierre Bonassies à l'occasion d'une consultation, pour la SCP Scapel, non publiée à propos de deux décisions du Tribunal de commerce de Marseille du 16 juillet 1996, cité par Guillaume Tarin, *Les conflits de Conventions internationales en droit du transport de marchandises par mer*, op. cit. , p. 58.

en France des Règles de Hambourg en vertu de ce dispositif⁷³³, cette disposition de la Convention de Rome et notamment la quatrième condition de l'article 7-1 pose des difficultés. En effet, cette exigence selon laquelle « la situation présente un lien étroit... », est soumise à l'interprétation et à l'appréciation des juges et est autant source d'incertitudes et dès lors présente un caractère aussi imprévisible qu'une désignation de la loi compétente en vertu des règles de conflit de lois. En effet, selon que le juge penche pour un rattachement du contrat au lieu de sa conclusion ou à celui du déchargement, il trouvera un lien plus ou moins étroit entre le contrat et le pays du lieu de conclusion ou le pays où doit s'effectuer le déchargement.

390. Il faut ensuite envisager l'hypothèse selon laquelle un Etat peut avoir à trancher un conflit de conventions alors qu'aucun des textes qu'il a ratifiés ne se veulent applicables. Ainsi le Portugal lié ni par le Protocole de 1979 ni par les Règles de Hambourg. Dans l'hypothèse d'un conflit entre ces deux textes, il devra faire usage de la Convention de Rome (à laquelle il est lié) pour le résoudre. A ce moment pourra se poser la question des lois de police. C'est aussi le cas d'un transport Tunisie-France. Dans ce cas, pour un tribunal français, le transport échappe à la Convention de 1924⁷³⁴ puisqu'en principe seul le port de déchargement se situe en France. Or ce n'est pas une option du champ d'application de la Convention (article 10 de la Convention de 1924 modifiée par ses deux Protocoles⁷³⁵). Dans ce cas, ce transport sera soumis aux règles de conflit de lois prévues par la Convention de Rome. On en revient aux dispositions générales de cette Convention qui prévoient qu'on appliquera au transport la loi choisie par les parties (article 3). On doit distinguer dans cette situation deux cas de figures bien distincts : celui dans lequel les parties ont choisi la loi applicable à leur transport Tunisie-France et celui dans lequel elles n'ont pas choisi de loi applicable à leur contrat.

D'abord en ce qui concerne l'hypothèse selon laquelle les parties ont inséré dans leur connaissance une clause Paramount se référant à la Convention de Bruxelles telle que celle-ci est applicable en France ou ont choisi une loi applicable et que cette loi a intégré la Convention de Bruxelles dans l'une ou l'autre de ses formes et que celle-ci se déclare applicable au transport en cause. Dans ce cas, la Convention de Bruxelles sera applicable en

⁷³³ Le problème général de l'applicabilité des Règles de Hambourg en France en cas de conflit de Conventions sera évoqué ultérieurement. Cf. infra n° 411 et s.

⁷³⁴ Modifiée par ses Protocoles.

⁷³⁵ On suppose dans cette hypothèse qu'aucune clause Paramount n'a été stipulée.

tant que loi choisie par les parties⁷³⁶. Il ne saurait être fait usage de l'article 7-1 de la Convention de Rome pour appliquer les Règles de Hambourg en tant que loi de police d'un autre Etat impliqué au transport, et ce parce que la Convention de Rome précise en son article 21 qu'elle « ne porte pas atteinte à l'application des conventions internationales auxquelles un Etat contractant est ou sera partie »⁷³⁷. Le même raisonnement s'applique lorsque les parties ont opté pour les Règles de Hambourg de façon directe ou pour une loi nationale ayant intégré ces Règles⁷³⁸. Toutefois, lorsque le juge français applique les Règles de Hambourg en tant que loi choisie par les parties, il conviendra de contrôler si certaines dispositions des Règles de Hambourg ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international. L'article 16 de la Convention de Rome qui fonde cette notion va être étudié ultérieurement.

391. Quant à l'hypothèse selon laquelle les parties n'ont pas prévu de loi applicable au contrat de transport, la disposition relative aux lois de police de la Convention de Rome peut trouver vocation à s'appliquer. Dans le cas d'un contrat de transport Tunisie-France, la Convention de Rome dispose que la loi applicable au contrat à défaut de choix des parties est « la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits » (article 4-1). En matière de transport, la Convention dispose que « si le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat est aussi celui dans lequel est situé le lieu de chargement..., il est présumé que le contrat a les liens les plus étroits avec ce pays » (article 4-4). La loi tunisienne qui est celle du lieu de chargement est la loi qui a les liens les plus étroits avec le transport. Dans ce type de transport, il semble qu'un juge français soit dans l'obligation d'appliquer les Règles de Hambourg, et ce, sur le fondement de la Convention de Rome, ici encore sous réserve des effets de l'ordre public international. Dans une telle hypothèse cependant, le juge français appliquera sa loi interne⁷³⁹ qu'il considère comme une loi de police⁷⁴⁰. Il n'est, de ce fait, pas possible de souscrire à l'opinion du Professeur Bonassies qui envisage cette hypothèse et conclut à « l'application des Règles de Hambourg sur le fondement de la Convention de Rome, la réserve faite ci-dessus de l'ordre public international se retrouvera »⁷⁴¹.

⁷³⁶ La Convention de Bruxelles dans son article 10-c prévoit expressément cette hypothèse : « les dispositions de la présente Convention s'appliqueront (quand) le connaissement prévoit que les dispositions de la présente Convention ou de toute autre législation les appliquant ou leur donnant effet régiront le contrat, quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, du chargeur, du destinataire ou de tout autre personne intéressée ».

⁷³⁷ Le raisonnement inverse est aussi valable si les Règles de Hambourg ont été intégrées dans la loi choisie par les parties.

⁷³⁸ Les Règles de Hambourg prévoient expressément cette hypothèse à l'article 2-e.

⁷³⁹ En effet l'article 16 de la loi de 1966 prévoit la compétence de celle-ci pour les transports au départ ou à destination d'un port français or ici le transport est à destination d'un port français.

⁷⁴⁰ Article 7-2 de la Convention de Rome.

⁷⁴¹ Pierre Bonassies, *Le droit international et le droit communautaire en 1998 et 1999*, op. cit. , p. 123.

392. Les difficultés d'application que l'article 7-1 de la Convention de Rome est susceptible de poser en l'absence de choix par les parties d'une loi étatique pour régir leur contrat se trouvent aggravées par le fait que lorsque les parties n'ont pas choisi de façon certaine une loi étatique pour régir leur contrat de transport. Les règles de la Convention de Rome ont le plus souvent du mal à désigner une loi quelconque. En effet, rappelons que les contrats de transport sont soumis à une règle spéciale par la Convention de Rome. Celle-ci utilise la méthode de convergence des points de contact pour présumer que le contrat entretient les liens les plus étroits avec le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat, lorsque ce pays coïncide, soit avec le pays de chargement ou de déchargement, soit avec le pays de l'établissement principal de l'expéditeur⁷⁴². Or, les dispositions de cet article ne paraissent pas adaptées à la pratique du transport maritime. Effectivement, la plupart du temps, les contrats sont conclus et exécutés dans d'autres Etats que celui du transporteur. Il est de même très rare que l'expéditeur soit établi dans le même pays que le transporteur. Malgré tout, si toutes ces conditions sont remplies, rien ne semble pouvoir empêcher l'application des Règles de Hambourg en France au titre de loi de police étrangère à la condition bien sûr qu'aucune disposition de la loi française, qui aurait vocation à régir impérativement la situation, ne soit applicable. En effet, l'arrêt de Cour d'appel auquel il a été fait référence⁷⁴³ refuse de considérer les Règles de Hambourg comme étant une loi de police de l'Etat sénégalais, mais ne semble pas proscrire son éventuelle reconnaissance comme loi de police d'un autre pays étranger.

L'article 7 de la Convention de Rome, même s'il a pour intitulé le terme « loi de police », se veut applicable lorsque les dispositions impératives d'un autre pays ont vocation à intervenir « quelle que soit la loi applicable au contrat ». Or si l'on admet que les Conventions maritimes s'appliquent de façon impérative⁷⁴⁴, elles agissent, dans ce cas, quelle que soit la loi applicable au contrat. Cela semble ainsi permettre l'application en France de la Convention maritime par laquelle est lié un Etat étranger.

Une autre disposition de la Convention de Rome pourrait s'opposer à l'application des Règles de Hambourg en France. Il s'agit de l'exception de l'ordre public du for.

⁷⁴² Daniel Gutmann, *Droit international privé*, op. cit. , p. 180.

⁷⁴³ Arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 2 décembre 1999.

⁷⁴⁴ Cf. pour une étude de cette affirmation infra n° 433.

d) L'intervention de l'ordre public du for

393. Ce dispositif va être exposé avant de voir quelles incidences celui-ci peut avoir sur la matière étudiée.

- L'exception de l'ordre public du for

394. Il s'agit de l'article 16 qui énonce que l'application d'une disposition de la loi désignée par la Convention « ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for »⁷⁴⁵. Il en résulte qu'une disposition d'une loi désignée par la Convention de Rome peut être écartée si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public du for. C'est en fait l'application de la loi désignée qui doit être contraire à l'ordre public et non pas la loi elle-même. L'appréciation de la conformité avec l'ordre public du for se fait donc *in concreto*. Cette disposition ne s'applique pas aux cas dans lesquels une loi qui serait, *in abstracto*, contraire à l'ordre public mais entraînerait, dans le cas précis où le juge est saisi, une application conforme à l'ordre public.

L'application de la loi étrangère doit être « manifestement » contraire avec l'ordre public du for. La tournure négative de l'article 16 indique que ce recours ne devra être utilisé qu'en dernière extrémité, ce qui renforce encore l'usage du terme « manifestement »⁷⁴⁶. Cela semble signifier, comme l'estime Madame Toubiana, que les juges devraient admettre plus facilement les lois étrangères « reflétant les objectifs économiques et financiers des gouvernements étrangers »⁷⁴⁷.

- Les incidences de ce dispositif sur le droit du transport international de marchandises par mer

395. L'application de ces dispositions au droit du transport international de marchandises par mer permet de se demander si un juge français qui serait amené à mettre en oeuvre les Règles de Hambourg comme loi applicable au contrat ne pourrait les écarter en vertu de la conception française de l'ordre public international. Si on prend l'hypothèse selon laquelle les parties n'ont pas choisi la loi ou Convention applicable à leur contrat et que le juge en vertu

⁷⁴⁵ Bernard Audit, *Droit international privé*, Economica Paris, 3ème édition 2000, p. 698.

⁷⁴⁶ Jurisclasseur Europe 1996 (tome 7), fascicule 3201, *La Convention de Rome du 19 juin 1980*, p. 14.

⁷⁴⁷ Annie Toubiana, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, op. cit. , n°223, p. 190.

de l'article 4-4⁷⁴⁸ de la Convention de Rome se soit référé aux Règles de Hambourg. L'application de certaines dispositions des Règles de Hambourg peut poser des difficultés au juge français au regard de son ordre public. Il est possible, par exemple, de mettre en exergue les problèmes que pourrait poser l'article 4 de la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer. Cet article concerne la durée de responsabilité du transporteur, qui va de la prise en charge à la livraison, et précise que le transporteur effectue la livraison :

- « i) en remettant les marchandises au destinataire ; ou
- ii) dans les cas où le destinataire ne reçoit pas les marchandises du transporteur, en les mettant à la disposition du destinataire conformément au contrat ou aux lois ou aux usages du commerce considéré applicables au port de déchargement ; ou
- iii) en remettant les marchandises à une autorité ou autre tiers auquel elles doivent être remises conformément aux lois et règlements applicables au port de déchargement. ».

396. Les dispositions de l'article 4 des Règles de Hambourg renvoient aux conditions prévues au contrat pour définir les modalités de livraison de la marchandise. En vertu de cette disposition, il est possible d'imaginer qu'un transporteur insère dans ses connaissements une clause stipulant que la marchandise pourra juridiquement être mise à la disposition du destinataire même avant la fin du déchargement. Que dire de ce type de clause au regard de la loi de 1966 prévoyant que « nonobstant toute clause contraire, le transporteur procède de façon appropriée et soigneuse au chargement, à la manutention, à l'arrimage, au transport, à la garde et au déchargement de la marchandise »⁷⁴⁹ ? Cette disposition de la législation française applicable au transport de marchandises constitue un minimum légal impératif des obligations contractuelles du transporteur⁷⁵⁰. Une disposition équivalente se retrouve dans la Convention de Bruxelles (article 3) et a aussi un caractère impératif⁷⁵¹. C'est d'ailleurs pour cela que les connaissements contiennent souvent une clause initiale assez prudente qui prévoit que « dans le cas où l'une des conditions ou stipulations ci-dessous serait prohibée en tout ou partie par la législation française qui lui est applicable, elle serait, mais dans cette mesure seulement, considérée comme non écrite »⁷⁵². Il est donc permis de s'interroger sur l'attitude du juge

⁷⁴⁸ L'article 4-4 de la Convention de Rome prévoit que : « si le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat est aussi celui dans lequel est situé le lieu de chargement ou de déchargement ou l'établissement principal de l'expéditeur, il est présumé que le contrat a les liens les plus étroits avec ce pays ».

⁷⁴⁹ Article 38 du décret de 1966.

⁷⁵⁰ En ce sens : Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 18/12/1980, DMF 1981, 552.

⁷⁵¹ En ce sens : Cour de cassation 19/03/1985, DMF 1986, 20.

⁷⁵² Exemple tiré d'un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 29/10/1980, DMF 1981, 544. Cité par René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, 12ème édition, op. cit. , n°350.

français face à une telle clause qu'il pourrait considérer comme manifestement incompatible avec son ordre public. Cette difficulté ne semble pas avoir été résolue de façon certaine. En effet, si l'on se penche sur l'interprétation que la Cour de cassation fait de la notion d'ordre public international, il semble à la lecture d'une décision récente⁷⁵³ qu'elle opte pour une approche restrictive de cette notion.

397. Pour conclure sur cette intervention éventuelle de l'ordre public permise par l'article 16 de la Convention de Rome, il est intéressant de noter que cette Convention ne contient pas de prescriptions sur la fraude à la loi. Cette utilisation volontaire des règles de conflits dans l'intention frauduleuse de changer l'élément de rattachement pour faire varier la loi applicable⁷⁵⁴ est sanctionnée par l'inopposabilité en droit interne. La Convention de Rome ne reprend pas (mais ne condamne pas non plus !) cette notion, sans doute parce que ses rédacteurs ont considéré qu'en cas de fraude caractérisée, un recours à l'exception d'ordre public était toujours possible. Cette utilisation de l'article 16 ne semble pourtant pas conforme à la lettre de l'article. Dans un tel cas ce serait la manœuvre frauduleuse d'une des parties et non la disposition législative incriminée qui serait contraire à l'ordre public. En l'absence d'un article spécifique aux hypothèses de fraude à la loi, il semble préférable d'avoir recours aux dispositions de l'article 7 de la Convention. Le juge devant se servir de sa loi de police pour déjouer une tentative de fraude de la part d'une partie⁷⁵⁵. Le dispositif de la Convention de Rome en ce qu'il peut concerner le droit du transport international de marchandises par mer venant d'être étudié, se pose à présent la question de son apport à l'unification de cette matière.

B - L'appréciation de l'apport de la Convention de Rome à l'unification du droit du transport international de marchandises par mer

398. Il y a une différence essentielle entre la Convention de Rome et les autres Conventions en matière de transport international de marchandises par mer tant dans la méthode (1) que dans l'apport à l'unification du droit (2).

⁷⁵³ Cour de cassation, 11/05/1999, JCP 1999, J 10183, p. 1890 et s. , obs. Horatia Muir Watt.

⁷⁵⁴ Théorie fondée en France jurisprudentiellement à la suite d'un arrêt de la Chambre Civile de la Cour de cassation Princesse de Bauffremont du 18/03/1878, Recueil Sirey 1878, 1, p. 193, note Labbé.

⁷⁵⁵ Jurisclasseur Europe 1996 (tome 7), fascicule 3201, n°81.

1) La Convention de Rome ne contient pas de règles applicables au fond du litige

399. La Convention de Bruxelles de 1924 dans ses différentes versions et les Règles de Hambourg sont une codification internationale de dispositions matérielles et ont pour objet d'unifier le transport maritime de marchandises de façon autonome⁷⁵⁶. La Convention de Rome, même si elle est aussi du droit conventionnel d'origine internationale, est par contre une simple codification de règles de conflits. Elle ne contient pas de solutions applicables au fond même du litige. Celle-ci permet de définir le droit applicable au litige mais ne s'intéresse pas a priori à son contenu⁷⁵⁷. Malgré leurs différences, ces deux corps de règles ont vocation à s'appliquer aux transports internationaux de marchandises par mer.

400. La Convention de Bruxelles, ses deux Protocoles modificatifs et les Règles de Hambourg ont naturellement compétence pour régir les transports maritimes entrant dans leur champ d'application et ceci pour leurs Etats membres. Pourtant, cette codification de dispositions internationales présente des lacunes inhérentes à la méthode choisie. Il a déjà été dit que ce droit international privé d'origine conventionnelle est empreint de rigidité. Il a des difficultés à s'adapter aux besoins sociaux et économiques. Ensuite ces codifications sont dans la quasi-impossibilité de tout régir et présentent fréquemment des lacunes. Il a de même été démontré que l'adoption d'un droit uniforme ne marque pas la fin de l'intervention du droit international privé dans ce domaine. En matière de transport maritime de marchandises, les Conventions sont parfois inefficaces et le juge saisi sera obligé de mettre en œuvre sa règle de conflit. Si l'on reprend le raisonnement du juge saisi, celui-ci va commencer par se reporter à sa loi nationale pour contrôler si celle-ci a intégré une disposition conventionnelle d'origine internationale et susceptible de s'appliquer au litige. Si celle-ci est applicable, elle est supérieure au droit national. Par contre, en cas de lacune de cette convention, en cas de conflit entre cette disposition conventionnelle et une autre disposition d'origine conventionnelle (elle aussi intégrée dans son ordre juridique), ou encore en cas de conflit avec une loi étrangère ; le juge reviendra à son droit national et cherchera le droit applicable en appliquant les dispositions de son droit international privé.

401. Ce retour au droit national et à la théorie des conflits de lois présente l'inconvénient majeur de régir par des solutions nationales, donc divergentes, des situations internationales. Un autre inconvénient majeur de ce système est que celui-ci manque de prévisibilité car les

⁷⁵⁶ Ces Conventions contiennent des règles permettant de résoudre directement les situations en conflit.

⁷⁵⁷ Cette affirmation n'est pas totalement exacte comme il l'a été souligné concernant l'article 16 de la Convention.

parties peuvent difficilement savoir, au moment de la conclusion du contrat, quelle loi sera applicable en cas de litige. C'est pour parer à ces inconvénients que les Etats européens ont procédé à une codification de règles de conflits. Celles-ci présentent de ce fait, une certaine uniformité au niveau européen s'agissant des obligations contractuelles.

Pourtant cette Convention ne donne pas la solution applicable au litige. Elle permet seulement de désigner la loi compétente pour régler le litige. Par le biais de cette Convention, on retourne au droit national. Si celui-ci contient des dispositions d'origine conventionnelle, elles pourront se voir appliquer. Ce droit matériel contient d'ailleurs souvent des renvois au droit national ou à un droit national déterminé. On en revient à la méthode conflictuelle.

402. Ces développements permettent de constater que l'affrontement postulé entre le droit uniforme et les règles de conflit se constate à propos de la philosophie et de la méthode mais que concrètement le juge est souvent contraint de se servir de ces deux outils pour trancher un litige international. Monsieur Matteucci souhaite la coordination de ces deux processus qui « permettrai(en)t de poursuivre deux activités parallèles : l'une recherchant l'unification du droit matériel là où cette unification s'avère possible et nécessaire ; l'autre s'étendant aux matières où la formation d'un droit matériel uniforme n'est pas réalisable et complétant les lacunes éventuelles des lois uniformes. »⁷⁵⁸.

Ces développements permettent aussi de remettre en cause l'idée selon laquelle les conventions internationales contenant du droit matériel permettent d'empêcher tout conflit de lois.

Les règles de conflit de lois contenues dans la Convention de Rome s'appliquent ainsi uniquement en cas d'échec ou de lacune du droit matériel d'origine conventionnelle. Elles sont, de part leur origine, prioritaires dans leur domaine aux règles de conflit de lois nationales puisque la Convention a un caractère spécial.

2) Une actuelle faiblesse de l'apport de la Convention de Rome à l'unification du droit du transport international de marchandises par mer pouvant évoluer grâce à la modification de cette Convention

403. L'apport de cette Convention à l'unification du droit du transport maritime paraît bien faible puisque celle-ci ne règle pas le problème de diversité des législations et ne semble pas assurer la prévisibilité du droit requise par les usagers des transports maritimes internationaux.

⁷⁵⁸ Mario Matteucci, *Introduction à l'étude systématique du droit uniforme*, op. cit. p. 402 et 403.

Malgré cela, ces règles de conflit sont utiles car elles permettent de déterminer la réglementation applicable à un rapport ou à un fait déterminé si le droit matériel éventuellement existant a échoué dans sa fonction d'unification des situations juridiques.

Il faut en outre souligner un avantage non négligeable de la Convention de Rome : celle-ci fait l'objet d'une interprétation uniforme assurée par la Cour de justice des Communautés européennes. Le Protocole du 19 décembre 1988 (concernant l'interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes de la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles) prévoit que, soit l'autorité compétente d'un Etat contractant, soit une des juridictions nationales visées par le Protocole (pour la France la Cour de cassation et le Conseil d'Etat) peuvent demander à la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel sur une question soulevée par une affaire pendante devant elle et portant sur l'interprétation des dispositions de la Convention de Rome.

404. Il est pourtant possible de regretter le caractère complexe de la règle de conflit applicable en matière de transport. En effet, la règle de rattachement posée à l'article 4-4 de cette Convention pour le transport de marchandises est souvent inopérante. Le problème qui se pose en général est que les contrats de transport comportent beaucoup d'éléments d'extranéité et autant d'indices de rattachement soumis à la « subjectivité du juge »⁷⁵⁹. Cette présomption de liens les plus étroits concernant le contrat de transport de marchandises laisse ainsi sans solution le cas où les points de contact qu'il prévoit sont dispersés.

405. Cette règle de l'article 4-4 pourrait évoluer puisque la Convention de Rome devrait être transformée en instrument communautaire. Une modification sur le fond est aussi envisagée. La Commission européenne est à l'origine d'un Livre vert⁷⁶⁰ sur la transformation de la Convention de Rome. La révision de la convention s'explique plus par l'évolution de la construction européenne que par les défauts des dispositions elles-mêmes. En effet, la Convention de Rome a su s'imposer et est devenue avec le temps une sorte de vulgate du droit international privé. Son rayonnement ne se limite pas uniquement à la Communauté européenne, elle a aussi inspiré de nombreuses législations⁷⁶¹. La révision de la Convention est principalement motivée par le fait qu'aujourd'hui, un conflit entre les lois de deux ou plusieurs Etats membres ressemble davantage à un conflit interne qu'à un conflit international. Il n'est donc plus évident qu'on puisse autoriser, dans un conflit de ce type, le

⁷⁵⁹ Pierre-Yves Nicolas, *Les Règles de Hambourg devant les tribunaux français*, op. cit. , p. 557.

⁷⁶⁰ E 2191 Com (2002) 654 final du 14/01/2003.

⁷⁶¹ La loi suisse en 1987, la loi roumaine en 1992, la loi slovène en 1999, la loi Russe en 2001 et même hors continent européen le Code civil du Québec en 1991.

choix de la loi d'un Etat tiers, par lequel pourrait être éludée l'application des lois impératives de l'Etat membre où se localise le contrat.

406. Dans le cadre de cette modification, l'identification de la loi applicable au transport pourrait être simplifiée. Le Professeur Lagarde avait proposé l'abrogation pure et simple de la présomption de liens le plus étroit concernant le contrat de transport de marchandises⁷⁶². Cette solution n'a pas été retenue puisque l'article 4.4 serait remplacé par un nouvel article 4-1 prévoyant que « le contrat de transport est, à défaut de choix exprimé par les parties, régi par la loi du pays de la résidence habituelle du transporteur ». Les recherches de coïncidence entre la loi du lieu de résidence du transporteur et la loi du lieu de chargement ou du déchargement ou encore l'établissement principal de l'expéditeur sont ainsi appelées à être bannies. Une telle modification simplifierait considérablement la tâche aux juges chargés d'appliquer cette disposition.

407. L'adoption de ce règlement a posé des problèmes de définition de base juridique⁷⁶³ qui sont depuis résolus puisque l'entrée en vigueur est annoncée comme prochaine (le nouveau texte communautaire se substituant à la Convention de Rome est déjà dénommé par les internationalistes « Rome I »).

408. En conclusion de ces développements sur les règles de conflit posées par la Convention de Rome, force est de constater l'interdépendance entre la méthode conventionnelle et celle des conflits de lois. Il apparaît que la Convention de Bruxelles (dans ses différentes versions), de Hambourg, autant que celle de Rome sont indispensables pour régir les transport internationaux de marchandises par mer.

C'est ce qui résulte du système de résolution d'un conflit entre une Convention internationale intégrée dans son ordre juridique et une autre faisant partie de la loi d'un Etat étranger utilisé par le juge français. En France, cette hypothèse de conflit en ce qui concerne le transport international de marchandises par mer implique obligatoirement les Règles de Hambourg, seule Convention internationale spécifique à la matière qui n'est pas en vigueur en France.

Se pose ainsi le problème de l'application des Règles de Hambourg par le juge français. Ce problème ainsi que celui des hypothèses de fraude à la loi permettront de constater l'inaptitude des règles de conflit de lois à régler les difficultés intervenant en droit du

⁷⁶² Paul Lagarde, *Vers une révision de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles ?* in *Mélanges Yves Guyon*, Dalloz Paris, 2003, p. 571

⁷⁶³ En effet il semble que la seule base juridique qui semble pertinente pour ce règlement soit l'article 65 du Traité. Cet article instituant la Communauté européenne relatif à la coopération judiciaire en matière civile pose une double condition, l'une relative à l'incidence transfrontalière et l'autre que la mesure visée soit « nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur ». Or, cette dernière condition paraît difficilement conciliable avec l'adoption éventuelle d'un instrument à vocation universelle, c'est à dire destiné à être applicable même lorsque la situation donnée n'a aucun lien avec le marché intérieur.

transport maritime de marchandises. Il sera alors possible de constater que le recours aux règles du droit international privé afin de régler les conflits de lois impliquant des Conventions internationales sur le transport de marchandises par mer, aggrave encore la désunification du droit.

Chapitre II – La désunification du droit du transport international de marchandises par mer aggravée par le droit international privé

409. Les développements précédents ont permis de mettre en valeur l'existence de plusieurs instruments internationaux ayant vocation à s'appliquer à la même matière : le transport international de marchandises par mer. Ces instruments internationaux, s'ils ne peuvent être adoptés ou ratifiés par un même Etat et ainsi entrer en conflit en son sein, sont cependant susceptibles d'entrer en conflit dans le cadre d'un conflit de lois classique. La désunification du droit du transport international de marchandises par mer est ainsi démontrée. L'utilisation du terme désunification ne doit pas prêter à confusion : elle ne signifie pas que les instruments conventionnels ont brisé une unification préalable (celle-ci n'existait pas), mais simplement que ces Conventions internationales qui avaient pour objectif « l'unification du droit » contribuent au contraire à le désunifier. En effet, la pluralité d'instruments contradictoires, complexes (la Convention de Bruxelles existe en trois versions différentes) et régissant la même matière, est plus source de complication que de simplification. Un juge, ayant à résoudre un conflit de lois impliquant une loi étrangère contenant une Convention internationale, va appliquer ses règles de droit international privé : les règles de conflits de lois. La solution du conflit de lois étant indissociable du litige qui le révèle et de l'organe qui le résout, sera envisagée ici l'hypothèse où un organe étatique est saisi⁷⁶⁴. Le problème qui se pose est que ce renvoi à des solutions nationales semble démontrer l'échec des Conventions internationales portant sur le droit du transport international de marchandises par mer à unifier cette matière. Ce renvoi au droit international privé aggrave encore la désunification de cette matière (section I).

Il semble par conséquent souhaitable d'arriver à un dépassement de la résolution nationale des conflits (section II).

⁷⁶⁴ Cf. infra n° 710 et s.

Section I – Une résolution nationale des conflits impropre à assurer l'unification du droit du transport international de marchandises par mer

410. Afin de vérifier l'aptitude des règles du droit international privé à régler les difficultés se présentant en matière de droit du transport international de marchandises par mer (lorsqu'il y a une Convention internationale applicable) et ainsi permettre de réaliser une unification de la matière, il est nécessaire de se pencher sur deux hypothèses qui soulèvent des difficultés.

Il y a d'abord le problème de l'application en France, par le biais de la règle des conflits de lois, de la seule Convention internationale portant sur le transport maritime de marchandises qui n'a pas été ratifiée ou adoptée par la France : les Règles de Hambourg (paragraphe 1). Il y a ensuite le problème posé par le caractère national des conflits de lois qui semble permettre aux parties de frauder la loi compétente (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Les difficultés liées à l'application par le juge français d'une Convention étrangère par le biais des règles de conflit

411. La difficulté que posent les conflits de lois réside dans le fait que la solution de ceux-ci dépend de la juridiction saisie pour ce qui est de la détermination de la loi applicable mais aussi du contenu du droit étranger. Ainsi, en présence d'un conflit de lois, le juge français pourra, en vertu de son propre système de conflit de lois, avoir à appliquer une convention étrangère, qui ne le lie pas. C'est le cas s'agissant des Règles de Hambourg, et ce alors même qu'une Convention internationale ratifiée ou approuvée par la France pouvait réclamer aussi son application. Dans ce cas, le juge français est confronté à la question de l'application « directe » des Règles de Hambourg (A).

En matière de transport international de marchandises par mer, un jugement étranger peut produire des effets en France. Une des parties bénéficiaires du jugement peut même souhaiter qu'il y soit exécuté. L'exequatur ne posera pas de réels problèmes lorsque la Convention appliquée par le juge étranger liait aussi le juge français. Il en sera autrement lorsque celle-ci ne liait pas la France. Le juge étranger a, en effet, pu mettre en jeu une convention qui se déclarait applicable au transport et qui le liait. Dans ce cas le juge français est confronté à la question de l'application « indirecte » des Règles de Hambourg (B).

A - Le problème de l'application directe des Règles de Hambourg par le juge français saisi du litige

412. Dans cette hypothèse, le juge français se trouve confronté à un litige impliquant un transport qui entre dans le champ d'application des Règles de Hambourg, Convention étrangère pour lui. Se pose ainsi la question de l'application de cette Convention internationale, ce problème pouvant être encore aggravé si une Convention ratifiée ou adoptée par la France a elle aussi vocation à s'appliquer à ce litige. Il y aura alors un conflit entre une Convention internationale envers laquelle son Etat a des obligations (Convention de Bruxelles) et une Convention qui a seulement pour lui la valeur d'une loi étrangère (Règles de Hambourg). Le juge doit choisir entre l'application de cette Convention internationale à laquelle son Etat est partie et celle du droit étranger désigné par sa règle de conflit dans lequel les Règles de Hambourg sont incorporées. Ces questions ont fait l'objet d'une vive controverse doctrinale (1) qui s'est répercutée dans les solutions adoptées par la jurisprudence (2).

1) L'affrontement doctrinal sur le problème de l'application directe des Conventions maritimes

413. Sur cette question, il existe une divergence doctrinale entre les auteurs « maritimes » (a) et les auteurs internationalistes (b). Une synthèse sera dégagée en s'appuyant sur la thèse développée par Monsieur Nicolas (c).

a) La thèse « maritime »

414. Appliquer directement une convention internationale consiste à « la déclarer applicable du simple fait que les conditions qu'elle prévoit sont remplies, sans mettre en oeuvre les règles de droit international privé du juge saisi ». Si on applique cette solution au cas d'espèce précédemment évoqué, le juge français appliquera les Règles de Hambourg.

La question qui se pose est de savoir si on doit appliquer les Conventions directement, en tant que corps de règles émanant d'un ordre extérieur aux ordres juridiques des Etats contractants ; ou si l'on doit appliquer ces règles car elles sont intégrées dans le droit de l'un de ces Etats, désigné par la règle de conflit de lois ? La thèse « maritime » reprend une constatation

classique selon laquelle une convention internationale a nécessairement une autorité supérieure aux droits étatiques, et en particulier aux lois étrangères. Il a déjà été rappelé la suprématie, en vertu d'une disposition constitutionnelle⁷⁶⁵, des règles matérielles d'origine conventionnelle régissant le transport maritime de marchandises auxquelles le juge français doit avoir recours de façon prioritaire. Il en résulte que le juge français est tenu d'appliquer les Conventions internationales en vigueur dans son Etat.

415. Les conventions seraient « self executing » en ce qu'elles s'appliqueraient de plein droit en France du simple fait que les conditions qu'elles posent sont remplies. Le juge du for n'aurait pas à chercher la loi interne applicable au contrat de transport en question. En effet, il est assez logique d'affirmer que les Conventions maritimes s'appliquent directement car elles ont pour objet d'écarter les conflits de lois⁷⁶⁶ : il n'y a pas lieu de passer d'abord par les règles de conflit pour déclarer les Conventions applicables.

A côté de ces Conventions subsiste un droit interne qui a vocation à s'appliquer aux contrats de transport n'entrant pas dans le champ d'application des Conventions. Si un transport n'entre pas dans les prévisions de la Convention de Bruxelles dans sa version modifiée, il faudra soumettre ce transport à la loi française d'origine interne, s'il est effectué au départ ou à destination d'un port français⁷⁶⁷.

Cette opinion selon laquelle la Convention de Bruxelles, telle qu'elle est en vigueur en France, y est applicable de plein droit du simple fait que les conditions qu'elles posent sont accomplies, et cela sans égard à la loi étatique qui aurait pu être désignée par les règles de conflit, est partagée par presque toute la doctrine « maritimiste »⁷⁶⁸. Cette thèse a été soutenue, entre autres, par Rodière qui précise qu'en Allemagne, aux Pays-Bas et dans les Pays Scandinaves, la Convention de Bruxelles de 1924 n'a pas une vertu normative directe dans les relations de droit privé, alors qu'en France, en Belgique et en Italie, elle est « self-executing ». Ce qui signifie que la Convention régit directement, à partir du moment où elle est ratifiée par la France, la Belgique ou l'Italie, les relations qu'elle déclare couvrir⁷⁶⁹.

Il est évident que dans les rapports entre Etats signataires, les règles de droit matériel résultant des conventions internationales sont indépendantes de toute règle de conflit de lois. C'est en

⁷⁶⁵ Article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958.

⁷⁶⁶ Paul Lagarde, *Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ?*, RCDIP, 1964, p. 241 et s.

⁷⁶⁷ Article 16-1 de la loi du 18 juin 1966.

⁷⁶⁸ Martine Rémond-Gouilloud, *Droit maritime*, A. Pédone Paris, 2ème éd. , 1993, n° 515 et s. R. Rodière et B. Mercadal : *Droit des transports terrestres et aériens*, Précis Dalloz, 5ème éd. 1990, n°390. Emmanuel du Pontavice et Patricia Cordier, *Transport et affrètement maritimes*, Delmas Paris, 2ème éd. 1990, 18.

⁷⁶⁹ René Rodière, *Traité général de droit maritime, tome II Affrètements et transports*, Dalloz Paris 1968, n° 743.

tout cas vrai pour les conventions « unifiantes » applicables aux seules relations internationales comme les Conventions en matière de transport de marchandises par mer⁷⁷⁰.

416. Cette application directe d'une convention internationale, sans aucune indication de la règle de droit international sur laquelle cette application se fonde, peut se justifier par deux raisons. D'une part, parce que l'Etat, dont les juges sont les organes, s'y est engagé formellement en approuvant ou ratifiant la convention en question. Il en découle qu'un refus d'application engagerait la responsabilité politique et juridique de cet Etat envers les autres Etats contractants⁷⁷¹.

D'autre part, parce que les Conventions en cause ont un caractère impératif. En effet, « elles ne laissent aucune place à la volonté des parties et s'avèrent impuissantes à résoudre, à elles seules, les conflits qui ne peuvent manquer de se manifester lorsque les conditions d'application de deux Conventions sont remplies simultanément »⁷⁷². Cette observation sera tempérée à l'occasion des développements sur la clause Paramount. Ainsi, Monsieur Muller soutient que les dispositions des Conventions régissant le transport de marchandises par mer ont un caractère d'ordre public ou de « jus strictum » obligeant les juges des Etats contractants « à les appliquer sans égard au droit national applicable au contrat »⁷⁷³. Cela implique que l'application de ces textes s'impose pour un litige relatif à un transport maritime de marchandises introduit devant les tribunaux d'un Etat partie, dès l'instant où la relation juridique en question tombe dans leur champ d'application⁷⁷⁴. D'où la tentation de penser que les Conventions maritimes s'appliquent directement et en effet, impérativement, pour les tribunaux des Etats contractants, cette application étant fondée sur le caractère même de celle-ci et sur les engagements de l'Etat du for à l'égard de l'ordre international.

417. De façon très logique, on peut être tenté d'étendre ce raisonnement aux Conventions unifiant le droit du transport maritime auxquelles l'Etat du juge saisi n'est pas partie. Cette thèse, développée par d'éminents auteurs de la doctrine « maritimiste » surtout à propos de la Convention de Bruxelles, est transposable aux Règles de Hambourg.

Si le fait que lesdites règles ne soient pas en vigueur en France n'implique nullement que le juge français ne puisse pas les appliquer⁷⁷⁵, un tel raisonnement contraindrait nos juridictions

⁷⁷⁰ Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, *Droit international privé*, Dalloz Paris, 7ème éd. 2001, n° 73.

⁷⁷¹ Jean-Pierre Remery, note sous l'arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de cassation en date du 25 mai 1993, RCDIP 1982, 464.

⁷⁷² Pierre-Yves Nicolas, *Les Règles de Hambourg devant les tribunaux français*, op. cit. , p. 555.

⁷⁷³ Walter Muller, *Problèmes du champ d'application des Règles de la Haye et de Visby*, DMF 1978, 325.

⁷⁷⁴ Les critères d'application des Conventions étant purement géographiques, sauf l'hypothèse de la clause Paramount.

⁷⁷⁵ Un jugement du Tribunal de commerce de Marseille du 15/02/1994 semble décider le contraire dans une affaire mettant en conflit la Convention de Bruxelles révisée et les Règles de Hambourg, où, alors que les Règles

à appliquer les Règles de Hambourg dès lors que le contrat, dont a connaissance le juge saisi, entre dans son champ d'application.

418. Monsieur Diallo⁷⁷⁶ reprend cette théorie de l'application directe en la qualifiant « d'application anticipée des conventions ». Pour lui, une convention internationale peut être appliquée en tant que « norme du droit international privé matériel » sans être rattachée à une quelconque législation nationale. Il justifie ce raisonnement, qui pour lui ne heurte aucun principe juridique, par le fait que les normes régissant le commerce international ont besoin d'être unifiées⁷⁷⁷. C'est un des avantages de cette théorie : elle permet au juge de combler les lacunes des législations existantes.

419. Un autre avantage de cette thèse « maritimiste » est qu'elle garantit le respect de la volonté des Etats contractants. Ceux-ci se sont engagés à respecter leurs engagements à l'égard des autres Etats contractants lorsqu'ils ont ratifié une Convention. Il paraît logique, lorsque le juge constate que les conditions d'application de cette convention sont remplies, qu'il doive l'appliquer afin que ses obligations soient respectées.

420. Cette théorie présente aussi la qualité d'être simple à mettre en oeuvre. Il suffit que les modalités d'application soient établies pour que le juge, dont l'Etat est lié par cette Convention, l'applique. Ce caractère automatique de l'application des Conventions maritimes présente enfin l'avantage de garantir une prévisibilité au justiciable : celui-ci sait, quand une Convention internationale réclame son application, qu'elle sera mise en œuvre par le juge.

Cette thèse est cependant très critiquable. Ses défauts ont été soulevés par les tenants de la thèse internationaliste.

421. Le problème qui se pose est que les appliquer directement signifierait qu'un Etat saisi peut se référer à un corps de règles extérieur à son ordre juridique sans avoir à rechercher si ces règles sont désignées comme applicables par sa propre règle de conflit.

Il est possible de voir ici une illustration des difficultés que la mise en pratique de cette théorie de l'application directe des Conventions maritimes peut générer⁷⁷⁸.

de Hambourg n'étaient pas applicables au moment des faits, le Tribunal ajoute surabondamment : « que la France n'a pas encore ratifié la Convention de 1978... que le Tribunal ne pouvait appliquer une Convention qui lui est étrangère... ».

⁷⁷⁶ Ibrahima Khalil Diallo, *Conflits de lois et conflits de Conventions dans le transport international de marchandises par mer*, DMF 1988, p. 648.

⁷⁷⁷ Pour des exemples d'application par un juge d'une Convention internationale à laquelle son Etat n'est pas partie et au motif qu'il est essentiel que la législation internationale soit unifiée : T. Rotterdam, 17/12/1963 et 28/01/1964 in Clunet 1969, 1007 et s. et T. d'arrondissement de la Haye, 17/09/1982, RCDIP 1983, 473.

⁷⁷⁸ L'articulation des clauses Paramount et des Conventions maritimes sera étudiée plus particulièrement. Cf. infra n° 654 et s.

422. Ensuite cette thèse ne permet pas non plus de régler les conflits qui pourraient se manifester lorsque les conditions d'application de deux ou plusieurs Conventions internationales sont remplies simultanément⁷⁷⁹.

L'application directe des Conventions maritimes dépend donc de la valeur que l'on donne aux règles substantielles adoptées par traité. En effet, soit l'on considère que celles-ci « sont un ordre juridique autonome et complet, comme l'est un ordre juridique national »⁷⁸⁰, soit l'on considère que ces règles doivent être appliquées quand elles sont désignées par le système de conflit de lois du juge saisi en tant que normes internationales intégrées dans le droit d'un des Etats contractants.

b) La thèse internationaliste

423. La démarche qui consiste à considérer comme directement applicable une Convention maritime dans la mesure où un litige entre dans son champ de compétence est contestée par des auteurs de droit international. Pour eux, souscrire à cette démarche intellectuelle c'est reconnaître à un traité diplomatique, et en l'espèce à une Convention qui a pour objet une unification du droit privé, que celle-ci constitue « un ordre juridique complet, comme l'est un ordre juridique national, et pouvant être choisi comme loi du contrat sans le support d'une loi étatique »⁷⁸¹.

La démarche de l'application directe est le contraire même de ce que préconisent les auteurs internationalistes au sujet des traités diplomatiques. Ils estiment que ceux-ci n'appartiennent pas à l'ordre international puisqu'ils ne sont que des instruments adoptés grâce à un consensus et qui engagent les Etats les ayant adoptés soit de façon directe⁷⁸², soit de façon indirecte en obligeant les Etats à transposer les normes adoptées dans leur droit interne. Ce qui fait dire à Monsieur Mayer que ces règles de source conventionnelle ne « sont pas des normes de droit international public »⁷⁸³.

⁷⁷⁹ Ce qui était le cas dans l'affaire du « Aïn Oussera », car si les Règles de Hambourg étaient applicables, c'était aussi le cas de la Convention de Bruxelles puisque le connaissement avait été émis par les Etats-Unis, pays contractant depuis le 29 juin 1937, et qu'en vertu de l'article 10 de la Convention de Bruxelles de 1924 : « Les dispositions de la présente Convention s'appliqueront à tout connaissement relatif à un transport de marchandises entre ports relevant de deux Etats différents, quand : a) le connaissement est émis dans un Etat contractant ».

⁷⁸⁰ Paul. Lagarde, observations sous Cour de cassation, 4 février 1992, navire « Hilaire-Maurel » : RCDIP 1992, p. 500.

⁷⁸¹ Paul Lagarde, observations sous Cour de cassation, 4 février 1992, navire « Hilaire-Maurel », *ibid.*

⁷⁸² L'engagement est direct car les règles conventionnelles sont introduites dans le droit interne des Etats adhérents du seul fait de la ratification.

⁷⁸³ Pierre Mayer, *L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé*, op. cit. , p. 280.

Le juge doit de ce fait avoir recours à sa règle de conflit de lois afin de déterminer la loi étatique compétente. Alors il pourra avoir à appliquer au sein de cette loi, que cela soit la sienne ou celle d'un Etat étranger, des règles d'origines conventionnelles si le litige entre dans le champ d'application prévu par ces règles. C'est cette opinion qui a été développée par le Professeur Bonassies⁷⁸⁴. Celui-ci considère que dans un cas comme celui donné en exemple, le juge français se retournera vers ses règles de droit international privé, qui sont en matière de transport les dispositions de la Convention de Rome du 19 juin 1980⁷⁸⁵.

424. Quelle sont les implications de cette thèse s'agissant de la matière étudiée ?

Selon les partisans de cette thèse⁷⁸⁶, les Conventions sur le transport de marchandises par mer ne se distinguent pas des autres conventions internationales de droit privé. Ils rappellent que ces traités ne tirent leur autorité juridique que de leur adoption par les Etats signataires. Il en résulte que leur application se trouve subordonnée à la désignation préalable de la loi compétente par la règle de conflit du juge saisi et à l'intégration de ladite convention dans la loi ainsi désignée.

D'après le Professeur Mayer⁷⁸⁷, le juge tout comme l'arbitre « doit recourir à une règle de conflit afin de déterminer le droit étatique compétent, et si celui-ci comporte des règles de source conventionnelle, il les appliquera dans l'interprétation qui prévaut selon les tribunaux de l'Etat désigné »⁷⁸⁸. Il poursuit son raisonnement en soulignant que « certes l'instrument d'adoption des règles est international. Il crée une obligation internationale à la charge de chacun des Etats parties, celle d'adopter et d'appliquer les règles sur le contenu desquelles ils se sont mis d'accord. Mais les règles elles-mêmes ne sont pas des normes de droit international public »⁷⁸⁹.

425. En outre, l'application directe pose des difficultés sur le plan pratique. D'une part, elle ne laisse aucune place à la volonté des parties. D'autre part, elle est impuissante à résoudre les conflits qui ne peuvent manquer de se manifester lorsque les conditions d'application de deux

⁷⁸⁴ Pierre Bonassies, *L'entrée en vigueur des Règles de Hambourg*, IMTM, n° spécial « les Règles de Hambourg », 1992, p. 99 et 100.

⁷⁸⁵ Il s'agit de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Celle-ci sert de règle de conflit de lois aux Etats européens en matière contractuelle. Texte de la Convention au « Dictionnaire permanent Droit Européen des affaires » feuillets 13 (20/03/1992). Cette Convention et les solutions qu'elle contient, ont été étudiées, cf. supra n° 372.

⁷⁸⁶ Principalement Pierre Mayer, Philippe Fouchard et Emmanuel Gaillard.

⁷⁸⁷ Pierre Mayer, *L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé*, op. cit. , p. 280 et 281.

⁷⁸⁸ Il sera vu dans la Partie II que cette affirmation doit être nuancée concernant les arbitres qui bénéficient d'une plus grande marge de manœuvre pour déterminer le droit applicable au litige, cf. infra n° 728.

⁷⁸⁹ Pierre Mayer, *ibid.*

conventions internationales sont remplies simultanément⁷⁹⁰. L'application indirecte des Conventions maritimes présente, de façon très logique, l'avantage de tenir compte de la volonté des parties. Encore faut-il pour cela que cette volonté se manifeste.

426. Il est ainsi possible de voir poindre des difficultés lorsque celle-ci n'a pas été exprimée.

Parfois, cette volonté des parties apparaît clairement. C'est le cas des clauses Paramount lorsqu'elles désignent, non pas une loi étatique quelconque ou une Convention telle qu'elle est en vigueur dans tel ou tel pays, mais bien directement une ou plusieurs Conventions maritimes sans se référer à une loi étatique. Dans d'autres cas, cette volonté des parties est difficile à identifier. Les parties ont souvent des intérêts divergents et viennent en général de pays différents et peuvent, de ce fait, localiser le contrat dans des pays différents. Pour un transporteur ou un chargeur, le contrat est traditionnellement rattaché au lieu d'émission du connaissance⁷⁹¹. Par contre, le destinataire rattachera le contrat au lieu de livraison de sa marchandise puisque c'est là qu'il adhère au contrat. Il va alors falloir faire appel à la théorie des conflits de lois pour déterminer quelle est la loi applicable au contrat chaque fois que les parties n'ont pas choisi de loi.

La recherche de la loi applicable semble s'avérer inutile si les Règles de Hambourg ont vocation à s'appliquer au transport. On peut estimer qu'en pareil cas un juge devra les appliquer au titre de « loi de police ». On peut arriver à ce raisonnement en se référant à l'article 7 de la Convention de Rome énonçant qu' « il peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec laquelle la situation présente un lien étroit si, et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat... »⁷⁹². Or la loi interne ayant incorporé les Règles de Hambourg étant une loi strictement impérative ou autrement dit une « loi d'application immédiate », elle entre incontestablement dans les prévisions de l'article 7 de la Convention de Rome⁷⁹³.

⁷⁹⁰ Pierre-Yves Nicolas, *Les Règles de Hambourg devant les tribunaux français*, op. cit. p. 555.

⁷⁹¹ Qui est en général le lieu de la conclusion du contrat et celui de la prise en charge de la marchandise.

⁷⁹² L'article 7-1 de la Convention de Rome pose donc quatre conditions :

- les règles de conflit de la Convention de Rome doivent désigner la loi d'un premier pays
- il doit exister une disposition impérative dans la loi d'un deuxième pays
- cette disposition impérative doit être applicable, selon la loi du deuxième pays, quelle que soit la loi régissant le contrat
- la situation litigieuse doit présenter un lien étroit avec le deuxième pays.

⁷⁹³ On peut a fortiori ajouter dans ce sens que lorsque les rédacteurs de la Convention de Rome ont voulu donner un exemple de « loi de police » au sens de l'article 7, ils se sont référés à « certaines règles en matière de transport ». JOCE, 1980, série C n°282, p. 28

427. Le problème que pose cette règle est qu'elle n'est pas d'application systématique puisqu'elle ne sera pas mise en œuvre quand la Convention de Bruxelles se déclare compétente dans l'une ou l'autre de ses versions. En effet, la Convention de Rome prévoit à son article 21 qu'elle « ne porte pas atteinte à l'application des conventions internationales auxquelles un Etat contractant est ou sera partie ». A l'inverse, si la Convention de Bruxelles dans sa version modifiée ou non est inapplicable, cette disposition sera dans la plupart des cas inefficace en l'absence de choix d'une loi étatique déterminée par les parties. Pour que la règle de l'article 7-1 de la Convention de Rome joue, il faut l'accomplissement cumulatif de quatre conditions, la dernière étant que la situation litigieuse doit présenter un lien étroit avec le pays dans lequel il existe une disposition impérative. On en revient au problème de rattachement du contrat, et à celui de la désignation de la loi compétente en vertu de la règle de conflit.

428. On peut être alors tenté de faire valoir la règle de conflit spéciale que tire le Professeur Mayer de l'article 10 de la Convention de Bruxelles non révisée⁷⁹⁴. Il semble probable que le Professeur Mayer justifie cette règle de conflit spéciale par le fait de la proximité du contrat avec la loi du lieu de création du connaissance car c'est en ce même lieu qu'il a en principe été conclu et qu'aura lieu normalement la prise en charge. Malheureusement, cette règle de conflit spéciale n'est efficace que si le connaissance a été émis dans un Etat contractant. D'autre part, elle ne permet pas de résoudre les cas dans lesquels l'Etat où le connaissance a été créé, est signataire d'une autre Convention internationale. Si un Etat a, en effet, ratifié la Convention de Bruxelles de 1924 dans sa forme originelle, puis un ou les deux Protocoles modificatifs, et que ce transport entre simultanément dans le champ d'application de ces Conventions, la jurisprudence française privilégiera le texte le plus récent⁷⁹⁵. Si on suit ce raisonnement, il semblerait qu'il soit possible de qualifier toutes les dispositions de ces Conventions portant sur le champ d'application, de règles de conflit spéciales. Il n'en est rien puisque la Convention de Bruxelles non révisée est la seule à désigner une loi étatique, les autres Conventions désignent plusieurs lois étatiques⁷⁹⁶.

429. Face à l'échec de cette règle de conflit spéciale proposée par le Professeur Mayer, un retour s'impose à la solution de la Convention de Rome. Elle prévoit, pour la détermination de la loi applicable à défaut de choix des parties, une localisation purement objective qui

⁷⁹⁴ « Les dispositions de la présente Convention s'appliqueront à tout connaissance créé dans un des Etats contractant » article 10 de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924. Pierre Mayer, *L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé*, op. cit., n°15 p. 290.

⁷⁹⁵ Cette hypothèse de conflits de Conventions et les différentes solutions préconisées seront étudiées dans le Chapitre qui suit.

⁷⁹⁶ Emission du connaissance, lieu de chargement, de déchargement, port du départ...

consiste à rechercher le pays avec lequel le contrat de transport maritime est censé présenter les liens les plus étroits⁷⁹⁷. Un autre inconvénient de cette théorie de l'application indirecte est qu'elle ne conduit pas au respect des engagements pris par les Etats. En effet, cette recherche de la loi applicable pourra amener le juge à localiser le contrat dans un Etat et à appliquer cette loi alors que les conditions d'application d'une des Conventions internationales à laquelle son Etat est partie pouvaient être remplies.

430. Une décision jurisprudentielle permet d'apprécier la pertinence de cette critique. A l'occasion d'un transport effectué du Kenya vers l'Italie⁷⁹⁸, la Cour d'appel de Paris⁷⁹⁹ a procédé à la localisation du contrat et désigné la loi italienne alors que les conditions d'application de la Convention de 1924 dans sa version originale étaient remplies⁸⁰⁰. Le juge français a, par conséquent, choisi d'éluder les termes clairs de la Convention de Bruxelles de 1924. Cette solution a des conséquences dommageables puisqu'elle introduit une certaine imprévisibilité pour les parties. Monsieur Nicolas souligne d'ailleurs que, s'agissant de cette espèce, la localisation en Italie ne s'imposait pas. Ce pays n'était que le pays du déchargement et de la livraison⁸⁰¹, et ceci alors que de nombreux indices convergeaient vers une localisation du contrat au Kenya. On voit ainsi, qu'en l'absence de choix des parties, le rattachement du contrat de transport maritime de marchandises peut être soumis à l'arbitraire du juge.

431. Si cette méthode présente l'intérêt de tenir compte de la volonté des parties lorsque celle-ci se manifeste, elle présente l'inconvénient de la détermination de la règle de conflit applicable lorsque les parties n'ont pas choisi de loi étatique, comme c'est souvent le cas. Il va falloir essayer de déterminer quelle est la volonté des parties. On est tout de suite confronté à des conflits d'intérêts car, s'il est possible à la rigueur de présumer de la volonté du chargeur et du transporteur de localiser le contrat dans le pays d'émission du connaissement, il est par contre évident que pour le destinataire, ce pays est celui du déchargement. En effet, c'est là que se produit la livraison et qu'il adhère au contrat de transport⁸⁰².

432. Il apparaît que les deux thèses qui viennent d'être exposées sont radicalement différentes.

La démarche qui consiste pour les auteurs « maritimistes » à requérir l'application directe d'une Convention maritime directement dans un pays car les conditions que celle-ci pose sont

⁷⁹⁷ Article 4-1 de la Convention de Rome.

⁷⁹⁸ Le Kenya ayant ratifié les Règles de Hambourg mais n'avait pas dénoncé la Convention de 1924 à laquelle il était partie. L'Italie avait dénoncé la version originale de la Convention de Bruxelles et la version modifiée à laquelle elle était partie n'était pas applicable en l'espèce.

⁷⁹⁹ Arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 02/12/1998, DMF 1999, p. 732 et s. et DMF 2000, p. 51.

⁸⁰⁰ Le connaissement avait été émis dans un Etat contractant : article 10 de cette Convention.

⁸⁰¹ Ibid.

⁸⁰² Pierre-Yves Nicolas, *Les Règles de Hambourg devant les tribunaux français*, op. cit. , p. 556 et 557.

accomplies, et ce sans égard pour la loi étatique désignée par la règle de conflit du juge saisi, est imparfaite⁸⁰³. Il en est de même de la démarche des internationalistes qui consiste en la désignation au préalable par le juge saisi de la loi compétente selon sa règle de conflit, et le cas échéant en l'application d'une Convention maritime qui aurait été intégrée dans cette loi nationale si celle-ci se déclare compétente.

La thèse « maritimiste » et celle internationaliste présentent ainsi des défauts. Monsieur Nicolas propose, par conséquent, une troisième approche : celle de l'application impérative.

c) La thèse de l'application impérative des Conventions maritimes

433. Il conviendra d'exposer cette thèse avant de voir ses conséquences sur l'application des Règles de Hambourg.

Les développements précédents ont démontré qu'il était difficile de justifier l'application directe des conventions maritimes au détriment des règles de conflit. Pourtant, Monsieur Nicolas préférant la thèse « maritimiste », propose de l'améliorer.

Il estime que cette application directe des Conventions maritimes sans passer par les règles de conflit est justifiable mais qu'il faut indiquer la règle de droit international sur laquelle se fonde cette application. Pour lui, un traité diplomatique de droit privé fait partie intégrante des ordres juridiques des Etats signataires et peut, de ce fait, exiger lui-même sa propre application en prévalant sur les règles de conflit qui s'imposent aux juges de ces mêmes Etats. Et cela car ces Conventions maritimes doivent être appliquées impérativement.

434. Il justifie cette application impérative par le fait que les Etats se sont engagés formellement, en ratifiant ou adoptant ces traités, à les appliquer. De telle sorte qu'un refus d'application engagerait sa responsabilité politique et juridique envers les autres Etats contractants. Monsieur Nicolas conclut son raisonnement très convaincant en réaffirmant qu'à une application directe des Conventions maritimes dépourvue de fondement, on doit préférer leur application impérative, celle-ci se fondant sur les engagements internationaux de l'Etat du for et relevant par là même de l'ordre public.

435. La distinction capitale entre application directe et application impérative est qu'en cas d'application directe, l'application d'une Convention est soumise aux seules conditions que celle-ci pose⁸⁰⁴. En cas d'application impérative, la mise en œuvre de la Convention maritime

⁸⁰³ Cf. critiques supra.

⁸⁰⁴ Le juge français ne serait donc pas tenu d'évincer la règle étrangère au profit de la règle du for qui s'impose à lui, il pourrait dans une telle hypothèse appliquer les Règles de Hambourg.

est soumise en plus à son intégration dans l'ordre juridique du juge saisi. Cette distinction est capitale puisqu'en cas de conflit entre deux Conventions internationales, l'une intégrée dans la loi du for⁸⁰⁵, l'autre dans une législation étrangère⁸⁰⁶, le juge doit appliquer impérativement la Convention qui le lie à condition bien sûr qu'elle se déclare applicable au transport en cause.

Il est évident qu'une règle matérielle d'origine conventionnelle n'ayant été ni ratifiée ni adoptée par un Etat ne se distingue pas du droit étranger d'origine nationale. S'il en était autrement, les « Etats tiers se verraient soumis à la volonté des Etats contractants, ce qui serait contraire au principe de souveraineté »⁸⁰⁷.

436. Dès lors, l'auteur considère que les Conventions maritimes ne doivent pas être appliquées directement mais « impérativement par les juges des Etats contractants, sans avoir égard à leurs règles de conflit de lois, pour la simple raison que l'Etat dont ils sont l'organe s'y est engagé formellement, en approuvant ou ratifiant la Convention internationale, de sorte qu'un refus d'application engagerait sa responsabilité politique et juridique envers les autres Etats contractants »⁸⁰⁸.

D'ailleurs, une telle Convention prévaut bien évidemment sur une autre Convention internationale intégrée dans une législation étrangère (en vertu de la règle du for)⁸⁰⁹.

Il faut ainsi distinguer, pour savoir si une Convention maritime sera impérativement applicable, selon que celle-ci a été ou non ratifiée ou approuvée par l'Etat saisi. A la différence de l'application directe, ces Conventions seront applicables impérativement dans la mesure où elles auront été intégrées dans l'ordre juridique du juge saisi.

Lorsqu'un juge national est confronté à une convention impérative à laquelle son Etat est lié, il est tenu de l'appliquer et ce, sans recourir aux règles de conflit. C'est le cas en France pour la Convention de Bruxelles de 1924, dans sa version originelle et dans les deux versions modifiées. Il en est de même pour les Règles de Hambourg. Cette éviction de la règle de conflit ne s'impose qu'aux seuls juges des Etats contractants des Règles de Hambourg. Les Règles de Hambourg sont, en effet, des dispositions impératives pour ceux-ci puisqu'elles prévoient que « les dispositions de la présente Convention s'appliquent quelle que soit la

⁸⁰⁵ En France, la Convention de Bruxelles telle que modifiée par ses deux Protocoles.

⁸⁰⁶ Pour la France, ce ne peut être que les Règles de Hambourg.

⁸⁰⁷ Jivko Stalev, *Droit uniforme et droit international privé*, in *Etudes offertes à René Rodière*, op. cit., p. 314.

⁸⁰⁸ Pierre-Yves Nicolas, *Les Règles de Hambourg devant les tribunaux français*, op. cit. p.559.

⁸⁰⁹ Un tel cas de conflit, qui était impossible en France puisque celle-ci avait ratifié toutes les Conventions applicables au transport maritime international de marchandises, est devenu possible quand les Règles de Hambourg sont entrées en vigueur.

nationalité du navire, du transporteur, du transporteur substitué, du chargeur, du destinataire ou de toute autre personne intéressée »⁸¹⁰.

437. Maintenant, dans le cas où une convention internationale n'a pas été intégrée dans l'ordre juridique du juge saisi, la convention pourra quand même se trouver applicable en vertu de la règle de conflit du juge saisi qui se référera à la Convention de Rome et notamment à l'article 7-1. Cet article dispose que « lors de l'application de la présente Convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat... ». Le juge saisi dont la règle de conflit indique l'application de la loi d'un premier pays pourra ainsi mettre en oeuvre une des Conventions maritimes si celle-ci est intégrée dans la loi d'un deuxième pays, qu'elle est applicable selon la loi de ce deuxième pays et enfin, que la situation litigieuse présente un lien étroit avec le deuxième pays. Ce dernier élément pose des difficultés lorsque les parties n'ont pas fait le choix d'une loi applicable. Rappelons cependant que l'article 21 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 énonce que ce texte « ne porte pas atteinte à l'application des conventions internationales auquel un Etat contractant est ou sera partie ». Il en résulte qu'en cas d'un conflit, pour le juge français, entre la Convention de Bruxelles révisée et les Règles de Hambourg, l'une étant applicable impérativement, et les autres en vertu de l'article 7 de la Convention de Rome, il devra appliquer la Convention de Bruxelles révisée car c'est une disposition d'application immédiate de sa propre loi.

438. Les Règles de Hambourg pourront ainsi être applicables directement en France dans plusieurs hypothèses. Elles pourront être applicables en vertu de la Convention de Rome et notamment de son article 7 sur les lois de police, sous réserve des conditions développées et de celle essentielle que la Convention de Bruxelles ne soit pas applicable⁸¹¹. Elles pourront aussi être applicables en l'absence de choix exprès des parties en tant que dispositions intégrées dans la loi présentant les liens les plus étroits avec le contrat ; cela sous réserve que la Convention de Bruxelles soit inapplicable et que le contrat ne présente pas de lien avec le territoire français, c'est à dire qu'il n'entre pas dans le champ d'application de l'article 16 de la loi du 18 juin 1966.

⁸¹⁰ Article 2-2 de la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer du 30 mars 1978.

⁸¹¹ L'article 21 de la Convention de Rome prévoit que celle-ci « ne porte pas atteinte à l'application des conventions internationales auxquelles un Etat contractant est ou sera partie ».

Cette doctrine de l'application impérative des Conventions développée par Monsieur Nicolas paraît être la plus intéressante. C'est en tout cas celle qui comporte le moins de défauts.

Au-delà de cette approche doctrinale, une étude de la jurisprudence est indispensable pour connaître la théorie qui a été retenue.

2) Les solutions retenues par la jurisprudence

439. Il semble qu'à l'image de la doctrine, la jurisprudence soit elle aussi divisée sur cette question de l'application des Conventions maritimes. Il est possible de trouver des décisions jurisprudentielles qui penchent pour la thèse « maritime » (a) et d'autres qui optent pour celle « internationaliste » (b). La proposition doctrinale de l'application impérative ne semble pas avoir eu d'application jurisprudentielle.

a) La jurisprudence adoptant un raisonnement « maritime »

440. Il est possible de trouver dans la jurisprudence plusieurs exemples d'application directe des Règles de Hambourg par le juge français. On peut classer ces décisions en trois cas de figures : celui dans lequel le juge français n'est pas lié par une des Conventions qu'il a ratifiée ou adoptée⁸¹² et choisit d'appliquer de façon directe les Règles de Hambourg ; celui où malgré le fait qu'une Convention internationale intégrée dans son ordre juridique réclame son application, le juge français choisit d'appliquer directement les Règles de Hambourg ; et enfin le cas de figure dans lequel les parties ont opté, par le biais d'une clause Paramount, pour l'application d'une loi à leur contrat, mais que malgré cette clause le juge choisit d'appliquer directement les Règles de Hambourg. Il ne s'agit pas ici de faire une étude complète de la jurisprudence sur ce point mais de reprendre quelques cas flagrants d'application par la jurisprudence de la thèse « maritime ».

441. La première décision qu'il est intéressant d'étudier est un jugement du Tribunal de commerce de Paris en date du 4 février 1997⁸¹³ (navire Teesta). Le litige concerne un transport de riz à destination de la Guinée, le connaissement ayant été signé à Paris par l'agent du transporteur et le port de chargement est inconnu. La Guinée, au contraire de la France, a ratifié les Règles de Hambourg, qui sont applicables lorsque le port de déchargement est situé

⁸¹² Lorsque le transport n'entre pas dans le champ d'application de la Convention de Bruxelles.

⁸¹³ BTL du 21/07/1997, n°2716, p. 554 et 555.

dans un Etat contractant⁸¹⁴. C'est le cas ici. Le Tribunal considère que « la non-ratification par la France de cette Convention ne peut faire obstacle à son application », et qu'en soumettant le contrat aux Règles de Hambourg qui donnent compétence, entre autres possibilités de rattachement, au tribunal du lieu de conclusion du contrat⁸¹⁵, le Tribunal de commerce de Paris se trouve automatiquement compétent. Selon le Tribunal de commerce de Paris, les Règles de Hambourg sont applicables du simple fait qu'elles sont en vigueur dans le pays du déchargement. Les juges ne précisent cependant pas le fondement de cette application directe. Cette décision est condamnable pour un de ses commentateurs qui estime que « le juge n'aurait-il pas dû déclarer le contrat régi par la Convention de Bruxelles, naturellement applicable en vertu de son article 10 puisque le connaissement avait été créé en France, Etat contractant ? »⁸¹⁶.

442. La Cour d'appel de Paris, saisie par le transporteur et l'assureur a infirmé le jugement en décidant, le 3 décembre 1997⁸¹⁷, que « l'article 30 al.3 de la Convention de Hambourg énonce que chaque Etat contractant appliquera les dispositions de la présente Convention aux contrats de transport par mer qui seront conclus à partir de l'entrée en vigueur de la Convention à son égard ; qu'il s'ensuit que ladite Convention (de Hambourg) ne peut recevoir application en France au motif que ce pays ne l'a pas ratifiée, peu important que le Parlement français l'ait approuvée ». La Cour d'appel de Paris refuse ainsi d'appliquer les Règles de Hambourg car celles-ci ne s'imposent pas aux juges français, faute d'une ratification par la France. Dans cette espèce, même si le juge refuse d'appliquer les Règles de Hambourg, il raisonne selon la théorie « maritimiste ». Les conditions d'application des Règles de Hambourg sont remplies mais le juge ne les applique pas car elles ne sont pas intégrées à notre droit interne. Or, si tel était le cas les magistrats de la Cour d'appel n'avaient pas à s'y référer pour savoir si la Convention régissait ou non le contrat. C'est pourtant ce qu'ils ont fait en invoquant l'article 30-3⁸¹⁸ des Règles de Hambourg pour en tirer leur conclusion. Les conditions d'application des Règles de Hambourg étaient remplies mais le juge ne les met pas en oeuvre car elles ne sont pas intégrées dans son droit interne. La Convention de Bruxelles n'étant pas applicable, il met en oeuvre la loi française.

⁸¹⁴ Conformément à l'article 2 des Règles de Hambourg.

⁸¹⁵ Article 21.1,b des Règles de Hambourg.

⁸¹⁶ Ibid.

⁸¹⁷ BTL du 22/06/1998, n°2758, p. 478 et 479.

⁸¹⁸ « Chaque Etat contractant appliquera les dispositions de la présente Convention aux contrats de transport par mer qui seront conclus à partir de l'entrée en vigueur de la Convention à son égard », article 30-3 des Règles de Hambourg.

Cet arrêt de la Cour d'appel de Paris est condamnable sur le plan juridique car c'est une erreur de penser que la non-ratification des Règles de Hambourg par la France est un motif suffisant pour les écarter systématiquement. En effet, comme il l'a été vu précédemment, le juge français peut, en vertu de ses règles de droit international privé et notamment de la Convention de Rome, avoir à appliquer les Règles de Hambourg.

443. Le Tribunal de commerce de Marseille a lui aussi rendu un jugement faisant application de la thèse « maritimiste » (navire *World Apollo*)⁸¹⁹. Dans cette espèce, le transport maritime avait été effectué entre la Thaïlande et le Sénégal par un armateur domicilié au Libéria et à destination d'un réceptionnaire sénégalais. Le connaissement avait été émis en Thaïlande. Ni le Libéria ni la Thaïlande n'étaient liés à la Convention de Bruxelles dans une de ses différentes versions ou à celle de Hambourg⁸²⁰. Le Sénégal a adhéré à la Convention de Bruxelles dans sa forme originale et, sans l'avoir dénoncée, a ratifié en 1988 les Règles de Hambourg. En ce qui concerne la Convention de Bruxelles, celle-ci n'était pas applicable⁸²¹. Les Règles de Hambourg avaient elles vocation à s'appliquer⁸²². Le Tribunal de commerce de Marseille applique directement les Règles de Hambourg sans chercher de fondement à cette application directe et sans rechercher la loi étatique susceptible d'être désignée par sa règle de conflit⁸²³. Un appel a été interjeté contre ce jugement. Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 2 décembre 1999⁸²⁴ on trouve la mention, qui n'apparaissait pas dans le jugement, d'une clause Paramount renvoyant à la Convention de 1924⁸²⁵. Il y avait un conflit entre une Convention applicable de plein droit selon le juge français et un texte étranger, les Règles de Hambourg. Les magistrats de la Cour d'appel décidèrent qu'« en cas de conflit entre la Convention des Nations unies du 31 mars 1978 et la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 dans son texte d'origine, il convient d'appliquer ce dernier lorsqu'il est en vigueur dans le pays de l'émission du connaissement ; dès lors que ce pays ne l'a pas dénoncé dans les formes prévues par la Convention de Bruxelles qui était, au surplus, choisie par les parties dans la clause Paramount du connaissement ». Dans cette espèce, les magistrats semblent ainsi faire peu de cas de la volonté des parties.

⁸¹⁹ Tribunal de commerce de Marseille, 23/01/1996, *Scapel* 1996, 51 et s.

⁸²⁰ Le Libéria n'a adhéré aux Règles de Hambourg que le 16/09/2005.

⁸²¹ Le pays d'émission du connaissement n'était pas un Etat partie : article 10 de la Convention.

⁸²² Le port du déchargement était situé dans un Etat contractant puisque celui-ci s'effectuait au Sénégal : article 2-1-b des Règles de Hambourg.

⁸²³ Pierre-Yves Nicolas, *Les Règles de Hambourg devant les tribunaux français*, op. cit. , p. 552.

⁸²⁴ BTL du 27/03/2000, n°2840, p. 232.

⁸²⁵ En fait, celle-ci insérée au verso du connaissement proposait une alternative entre la loi du port de chargement et la loi du port de déchargement, la Cour d'appel a retenu que cette dernière renvoyait à la Convention de 1924.

444. On trouve trois autres décisions intéressantes optant pour la théorie « maritimiste ». La première est rendue par le Tribunal de commerce de Paris le 10 septembre 1997 (navire Aïn Oussera)⁸²⁶. Il s'agissait d'un transport maritime entre les Etats-Unis et l'Egypte. Le connaissement avait été émis aux Etats-Unis qui ont ratifié la Convention de Bruxelles et comportait une clause Paramount désignant une loi américaine, le Carriage of goods by sea act (COGSA) de 1936. Le Tribunal de commerce décide d'appliquer les Règles de Hambourg au motif « qu'il est établi qu'aux termes de l'article 1^{er} du connaissement précité, le contrat de transport considéré est soumis aux dispositions du US COGSA de 1936, mais attendu qu'il convient de déterminer si les Règles de Hambourg trouvent ici application, l'Egypte ayant ratifié ladite convention ; qu'en effet, selon l'article 2 de ces Règles, les dispositions de la Convention s'appliquent à tous les transports par mer entre deux Etats différents lorsque, notamment, le port de déchargement prévu dans le contrat est situé dans un Etat contractant, quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, du transporteur substitué, du chargeur, du destinataire ou de toute autre personne intéressée ; qu'en l'espèce, le port de déchargement est indiqué sur le connaissement, et que le fait, pour la France, l'Algérie et les Etats-Unis, de n'avoir pas ratifié la Convention ne fait pas obstacle à l'application des dispositions qu'elle contient ; que la Convention de Hambourg sera dite applicable aux transports litigieux... ».

Il y a ici encore une illustration de l'application directe par le juge d'une Convention maritime. L'application des Règles de Hambourg dans ce cas d'espèce est contestable. On aurait pu s'attendre à ce que le juge applique la Convention de Bruxelles⁸²⁷ ou la loi américaine⁸²⁸ ; au lieu de cela, le juge applique les Règles de Hambourg.

445. Ensuite, un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 5 mai 1999⁸²⁹ (navire Aton) réitère le raisonnement. Dans cette espèce, il s'agissait d'un transport au départ des Etats-Unis, pays lié par la Convention de 1924 dans sa forme originelle, et à destination de l'Egypte, Etat lié par la Convention de Bruxelles d'origine et par sa version révisée par le Protocole de Bruxelles de 1968 ainsi qu'aux Règles de Hambourg. Suivant la thèse internationaliste, il aurait fallu identifier le droit étatique applicable à l'aide des règles de conflit de lois françaises et en particulier celles contenues dans la Convention de Rome. Sans s'étendre sur cette étude, on peut relever que si le contrat avait été localisé en Egypte, il aurait

⁸²⁶ BTL 1998, n°2743, p. 183.

⁸²⁷ Ratifiée par les Etats-Unis et applicable car le connaissement y avait été émis.

⁸²⁸ Désignée par la clause Paramount, la règle de conflit française et européenne prévoyant la compétence de la loi choisie par les parties, le droit américain aurait donc dû trancher le conflit de Conventions.

⁸²⁹ DMF 2000, p. 345 et s., observations de Pierre-Yves Nicolas.

fallu pour le juge trancher un conflit de Conventions⁸³⁰. Si par contre, il avait été localisé aux Etats-Unis, la Convention de Bruxelles se trouvait là encore applicable⁸³¹. Cette fois en vertu d'une réserve déposée par les Etats-Unis, le COGSA de 1936 prévaut sur la Convention de Bruxelles en cas de conflit avec cette dernière.

La Cour d'appel ne se livre pas à ce raisonnement et écarte l'application du Protocole de Bruxelles de 1968 et des Règles de Hambourg en faveur de la Convention de Bruxelles de 1924 au motif que celle-ci était en vigueur aux Etats-Unis, pays d'émission du connaissance. Elle relève aussi à l'appui de cette solution que cette Convention n'a pas été dénoncée par l'Egypte. Ce motif de l'adoption de la Convention de Bruxelles de 1924 par le pays de destination peut surprendre puisqu'il n'apporte rien, le champ d'application de la Convention de Bruxelles étant : « les dispositions de la présente Convention s'appliqueront à tout connaissance créé dans un des Etats contractants » (article 10)⁸³². Il en résulte que cette adoption n'est nullement un critère d'application de cette Convention. On voit mal alors comment elle peut servir à justifier la solution de la Cour d'appel. Cette application directe de la Convention de Bruxelles conformément à son champ d'application, puisque le connaissance a été émis aux Etats-Unis, pays contractant, présente l'avantage de permettre à la France de respecter ses engagements envers les Etats-Unis⁸³³.

446. Enfin, il faut citer un jugement plus récent du Tribunal de commerce de Marseille du 5 octobre 2004 qui applique directement les Règles de Hambourg au détriment de la Convention de Bruxelles. Dans cette espèce, il s'agissait d'un transport entre la France et la Tunisie (pays ayant ratifié seulement les Règles de Hambourg). Le connaissance avait été émis à Marseille qui était aussi le lieu du chargement. Les magistrats ont considéré que « le transport maritime intervenant entre la France et la Tunisie, laquelle n'a pas signé la Convention de Bruxelles originelle ni son Protocole modificatif de 1968 mais seulement les Règles de Hambourg, est soumis à ces dernières ». Cette solution n'est pas logique : si les magistrats avaient souhaité appliquer directement une Convention internationale, ils auraient pu mettre en œuvre la Convention de Bruxelles ratifiée par la France qui se voulait applicable (lieu d'émission du connaissance en France ou lieu du chargement en France). La règle de conflit de loi, qu'il semble opportun d'utiliser en présence d'un contrat de transport de

⁸³⁰ La Convention de Bruxelles était applicable car le connaissance avait été émis dans un Etat contractant et les Règles de Hambourg car l'Égypte était le pays du déchargement, les deux Conventions faisant partie du droit égyptien.

⁸³¹ Connaissance émis dans un Etat contractant : article 10.

⁸³² Pierre-Yves Nicolas, *ibid.*

⁸³³ De même les Règles de Hambourg devaient de toute façon être écartées car elles ne pouvaient prévaloir sur la Convention de Bruxelles applicable en France de plein droit.

marchandises par mer entre deux Etats différents, la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelle et son article 4-4 (les parties n'avaient pas fait le choix d'une loi applicable) dispose que le transport est présumé présenter les liens les plus étroits avec le pays dans lequel le transporteur est établi si ce pays est aussi celui du port de chargement, celui du port de déchargement ou celui de l'établissement de l'expéditeur. En l'espèce, le transporteur, le chargeur et le port de chargement étaient localisés en France, la Convention de Bruxelles de 1924 était applicable⁸³⁴.

447. Cet aperçu de décisions jurisprudentielles françaises a permis de voir des décisions appliquant directement les Conventions maritimes et de ce fait préférant la thèse « maritimiste », il est pourtant possible d'en trouver d'autres qui privilégient l'application indirecte de ces Conventions. Pour celles-ci, le juge va recourir à une règle de conflit afin de déterminer le droit étatique applicable⁸³⁵.

b) Vers une consécration de la théorie « internationaliste » par la jurisprudence

448. Plusieurs illustrations peuvent être trouvées de l'application par les juges de la théorie internationaliste. Celle-ci a d'abord fait l'objet d'applications par des cours d'appel. Puis on trouve cette conception reprise dans des arrêts de la Cour de cassation.

449. Il est d'abord possible de se référer à deux arrêts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence rendus tous deux le 7 mai 1997 (navire Vassili Klochkov⁸³⁶ et navire Klim Voroshilov⁸³⁷). Ces deux espèces sont quasiment similaires et la solution adoptée par les juges a été identique. Dans la première espèce, il s'agissait d'un transport maritime entre le Vietnam et le Sierra Leone⁸³⁸, effectué par un armateur domicilié en Ukraine. Le connaissement avait été émis au Vietnam⁸³⁹ et comportait une clause Paramount traditionnelle qui prévoyait l'application de la Convention de 1924, et au cas où celle-ci ne serait pas applicable, le droit du transport maritime du pays du déchargement. La Cour d'appel a interprété cette clause comme désignant la loi de Sierra Leone. Le Vietnam et l'Inde n'étant pas parties à la Convention de 1924 modifiée ou non, celle-ci n'était pas applicable de plein droit. Le Sierra Leone, Etat de déchargement de la marchandise, était partie aux Règles de Hambourg mais

⁸³⁴ Yves Tassel, commentaire du jugement du Tribunal de commerce de Marseille du 05/10/2005, DMF 2005, n° 664.

⁸³⁵ Sous réserve de l'application des Conventions, auxquelles l'Etat dont il ressort, est partie si le contrat entre dans leurs conditions d'application.

⁸³⁶ BTL du 15/12/1997, n°2732, p. 837. DMF 1998, HS n°2, § 95.

⁸³⁷ DMF 1998, p. 29, note Pierre-Yves Nicolas. DMF 1998, HS n°2, § 95.

⁸³⁸ Dans la seconde espèce le transport s'effectuait entre l'Inde et le Sierra Leone.

⁸³⁹ En Inde pour la seconde espèce.

n'avait pas encore dénoncé la Convention de 1924. Les deux Conventions trouvaient ainsi à s'appliquer en principe. La Cour d'appel applique pourtant les Règles de Hambourg parce que « la dénonciation de la Convention de 1924 peut être différée pendant une période maximum de cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur (de la Convention de Hambourg) et que pendant cette période transitoire, l'Etat contractant devra appliquer (cette dernière Convention) à l'exclusion de toute autre ». Cependant, pendant cette période transitoire, le pays concerné n'est tenu d'appliquer les Règles de Hambourg qu'à l'égard des Etats contractants⁸⁴⁰. Or ni le pays du juge, du chargeur ou du transporteur ou même, enfin, celui du lieu de conclusion n'étaient liés par les Règles de Hambourg⁸⁴¹. Par contre, même si la Convention de Bruxelles était toujours applicable en Sierra Leone, son unique condition d'application n'était pas remplie⁸⁴². Les magistrats français devaient alors appliquer les Règles de Hambourg, non pas directement, mais parce qu'elles faisaient partie intégrante de la législation de Sierra Leone désignée par la règle de conflit française comme loi choisie par les parties. On trouve cela énoncé de manière très claire : « lorsque la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 et la loi française ne sont pas applicables de plein droit, les Règles de Hambourg en vigueur dans le pays de destination doivent recevoir application en présence d'une clause Paramount soumettant le transport litigieux aux Règles de La Haye (Convention de Bruxelles de 1924 sur l'unification de certaines règles en matière de connaissance) et à la « corresponding legislation of the country of destination » ». Ces arrêts de Cours d'appel ont fait l'objet de pourvois en cassation. Il est intéressant d'étudier ces décisions car les interventions de la cour suprême à ce sujet et dans cette matière sont assez rares, elles n'en ont que plus de portée.

450. Ces arrêts ont été rendus le 7 décembre 1999⁸⁴³. Il s'agit d'arrêts de rejet, rendus le même jour et sous un attendu unique. Il ne semble pas que ces décisions constituent des arrêts de principe. La Cour de cassation approuve l'analyse faite par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence et décide que « la clause Paramount du connaissance, qui se référait à la « corresponding legislation » du pays de destination, expression qui nécessite l'interprétation,

⁸⁴⁰ « Nonobstant les dispositions de l'article 2 de la présente Convention, aux fins du paragraphe 1 du présent article, un Etat contractant pourra s'il le juge souhaitable, différer la dénonciation de la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1968 pendant une période maximum de cinq ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente Convention. Dans ce cas, il notifiera son intention au Gouvernement belge. Pendant cette période transitoire, il devra appliquer aux Etats contractants la présente Convention à l'exclusion de toute autre. », article 31-4 des Règles de Hambourg.

⁸⁴¹ Pierre-Yves Nicolas, *Les Règles de Hambourg devant les tribunaux français*, op. cit. , p. 553 et 554.

⁸⁴² L'émission du connaissance n'avait pas eu lieu dans un Etat contractant, article 10 de la Convention de Bruxelles de 1924.

⁸⁴³ DMF 2000, p. 903 et s.

pouvait être interprétée comme désignant comme loi du contrat de transport le droit du transport maritime du pays de déchargement, soit la Convention de Hambourg appliquée non en tant que disposition d'un traité international, mais comme faisant partie de la législation maritime choisie par les parties ». La Cour de cassation rappelle ainsi que le connaissance contenait une clause Paramount, que celle-ci désignait, dans l'hypothèse où la Convention de Bruxelles ne serait pas applicable, le droit du transport maritime du pays de déchargement, en l'espèce celui de Sierra Leone. Cet Etat ayant adhéré aux Règles de Hambourg, les Règles avaient valeur contractuelle, peu important l'absence de dénonciation de la Convention de Bruxelles de 1924, le Vietnam comme l'Inde qui étaient les lieux d'émission des connaissances n'étaient liés à aucune Convention maritime. La Cour d'appel n'a, par conséquent, pas appliqué d'office les Règles de Hambourg mais a fait référence au droit interne du Sierra Leone. La Cour de cassation réaffirme aussi que l'argument, selon lequel une juridiction française ne peut appliquer les Règles de Hambourg au motif que la France ne les a pas ratifiées, n'est pas valable parce que celle-ci peut les mettre en œuvre « non en tant que dispositions d'un traité international non-ratifié par la France, mais comme faisant partie de la législation maritime choisie par les parties au moyen de la clause Paramount ».

451. Il semble que la Cour de cassation ait confirmé sa décision par un arrêt en date du 28 mars 2000 (navire Teesta). Dans cette affaire, comme il l'a été vu précédemment, la Cour d'appel de Paris avait décidé que la France n'ayant pas ratifié les Règles de Hambourg, celle-ci ne pouvait recevoir application en France. Un pourvoi avait été formé et le transporteur invoquait l'application des Règles de Hambourg, applicable en l'espèce, mais non ratifiée par la France. La Cour de cassation rejette le pourvoi en décidant « qu'ayant relevé que la France n'était pas partie à la Convention de Hambourg, l'arrêt énonce à bon droit que celle-ci n'est pas applicable par les juges français en tant que Convention internationale ».

A propos de cet arrêt, un commentateur indique qu'« on pose donc en principe que le juge doit ignorer une Convention à laquelle son pays n'a pas adhéré. Un peu abrupt, quand on songe aux nombreux cas où la loi étrangère est appliquée par les magistrats français tout simplement parce que ses règles de conflit la désignent »⁸⁴⁴. Cette jurisprudence a été reprise dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 novembre 2003⁸⁴⁵. Dans cette espèce, un transport avait eu lieu entre le Liban et la France (Beyrouth et Marseille), la compétence de la loi française a été retenue « en tant que loi du for subsidiairement applicable » et ce alors que

⁸⁴⁴ Commentaire figurant au BTL du 1/05/2000, n°2845, p. 331.

⁸⁴⁵ Cour d'appel de Paris, 26/11/2003, Bulletin des transports 2004, 90. Il est possible de trouver un arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence en date du 15 novembre 2005 qui va dans le même sens, BTL 2006, 663.

le Liban a ratifié les Règles de Hambourg qui auraient eu vocation à s'appliquer. Encore une fois, les Règles de Hambourg n'ont pas été considérées comme pouvant être applicables par le juge français en tant que Convention internationale.

Cette analyse est contestable puisque la Cour de cassation précise que la Convention n'est pas applicable par les juges « en tant que Convention internationale ». A contrario, cette analyse signifie que la Convention pourra être appliquée par le juge français mais sur un autre fondement que celui de sa nature de Convention internationale, c'est une confirmation de la thèse « internationaliste ». Les Règles de Hambourg pourront, aussi, être appliquées au travers d'une clause Paramount comme faisant partie de la législation du pays désigné par celle-ci.

452. On trouve une confirmation de cette application dans un arrêt de la Cour de cassation du 28 mai 2002⁸⁴⁶ (navire World Appolo). La décision rendue par la Cour d'appel à propos de cette espèce a déjà été vue, rappelons seulement qu'une clause Paramount insérée au verso du connaissement proposait une alternative entre la loi du port de chargement et la loi du port de déchargement. La Cour de cassation décide que « la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 doit s'appliquer au contrat de transport de marchandises, à l'exclusion des Règles de Hambourg en vigueur dans le port de déchargement, lorsque les parties ont fait le choix de ladite Convention dans le connaissement et qu'aucune règle impérative ne s'oppose à un tel choix ». Ce raisonnement apparaît aussi valable pour les Règles de Hambourg. Le Professeur Delebecque en conclut que cette décision invite « les juges du fond à plus de prudence, eux qui continuent encore assez souvent à appliquer, dans le doute, leur propre loi, sans préciser à quel titre ils le font, si ce n'est par simple légalisme »⁸⁴⁷.

453. Il est possible de déduire de toutes ces décisions que la France peut avoir à appliquer les Règles de Hambourg même si celles-ci n'ont valeur que de loi étrangère.

Cette application est soumise au respect de plusieurs conditions. L'une d'entre elles est posée par l'article 21 de la Convention de Rome qui prévoit que celle-ci ne porte pas atteinte à l'application des Conventions internationales auxquelles un Etat contractant est ou sera partie. Il en résulte qu'un contrat de transport soumis obligatoirement à une des Conventions maritimes à laquelle la France est partie, le restera. A défaut, on a vu le caractère de règle de conflit unilatérale de l'article 16 de la loi française du 18 juin 1966 qui prévoit que la loi française régira tout contrat de transport au départ ou à destination d'un port français. Par

⁸⁴⁶ DMF 2002, p. 613, obs. de Pierre-Yves Nicolas, RTD Com. Juillet/Septembre 2002, p. 598, obs. de Philippe Delebecque.

⁸⁴⁷ Philippe Delebecque, *ibid.* A cet égard il est possible de renvoyer à deux exemples récents d'applications contestables du droit français par des juges : Cass. Com. 14/10/2004, DMF 2005, 247 et CA Versailles, 09/10/2003, Bulletin des transports, 2004, 74.

contre, pour un transport ne s'effectuant pas au départ ou à destination d'un port français et pour lequel les conditions d'application de la Convention de Bruxelles telle que ratifiée par la France ne sont pas remplies, les Règles de Hambourg pourront s'appliquer. Cette Convention pourra être mise en œuvre sur le fondement de l'article 3-1 de la Convention de Rome si elle fait partie intégrante de la loi de l'Etat désigné par les parties dans la clause Paramount ; ou encore, à défaut d'une telle désignation, par une référence du juge français à la règle de conflit spéciale relative aux contrats de transport énoncée à l'article 4-4 de la Convention de Rome. Les Règles de Hambourg seront alors applicables si elles sont intégrées dans la loi de l'Etat du lieu de chargement et de déchargement, et que celui-ci est également le lieu dans lequel le transporteur a son établissement principal. Les Règles de Hambourg pourront également être applicables si elles font parties de la législation du pays avec lequel le juge français estimera que le contrat présente les liens les plus étroits.

454. S'achève ainsi la présentation des hypothèses dans lesquelles les Règles de Hambourg peuvent être appliquées par un juge français en tant que loi étrangère. Sur ce point, il apparaît que la jurisprudence préfère la thèse internationaliste (même s'il est encore possible de trouver des décisions récentes de juges du fond faisant une application directe de Convention maritime, celles-ci restent des décisions de juridictions inférieures) au détriment, de celle maritimiste, et de la proposition d'application impérative faite par Monsieur Nicolas. Se trouve ainsi résolu le problème de l'application « directe » en France des Règles de Hambourg. Celles-ci peuvent également avoir été appliquées par un juge étranger et une partie peut avoir intérêt à ce que ce jugement produise ses effets en France, c'est le problème de l'exequatur.

B - Le problème de l'application indirecte des Règles de Hambourg par le biais de l'exequatur

455. L'exequatur permet de donner à une décision étrangère une force exécutoire. Elle permet à cette décision d'être appliquée en France, avec le concours de la force publique s'il le faut. D'autre part, elle permet de s'opposer à ce que le même litige soit jugé deux fois en étant porté devant les tribunaux français. Le problème de l'effet des jugements étrangers est réel, d'autant plus que celui-ci met en conflit des considérations importantes. D'un côté, il paraît essentiel qu'une personne ayant obtenu un jugement à son profit puisse le faire valoir dans un pays étranger, c'est une question évidente de justice et de respect des droits acquis.

456. D'un autre côté, on comprend bien toute la difficulté que cette reconnaissance peut engendrer. D'abord, parce que les Etats sont souverains et qu'il est difficile pour des juges de

devoir appliquer des décisions judiciaires étrangères. Ensuite, parce qu'il peut exister des différences notables dans la législation des Etats étrangers, inspirées par des divergences sociales, politiques ou économiques qui rendraient l'application du jugement étranger difficile en France. C'est en ce sens qu'il est possible de parler d'une « application indirecte » par le juge français des Règles de Hambourg car ce n'est pas lui en réalité qui applique ces Règles mais un juge étranger, celles-ci pouvant toutefois produire des effets en France par le biais de l'exequatur.

Pour ces raisons, les tribunaux français adoptent une attitude nuancée concernant l'exécution en France de jugements étrangers. En effet, l'article 509 du Code de procédure civile dispose que « les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République de la manière et dans les cas prévus par la loi ». Un jugement étranger ne peut être reconnu en France, et donc y produire ses effets, qu'après une procédure de contrôle de ces jugements. Cette reconnaissance du jugement, c'est à la fois la prise en considération de la chose jugée à l'étranger, et de la situation créée à l'étranger par le jugement⁸⁴⁸.

Il arrive pourtant qu'un jugement étranger puisse produire des effets en France sans exequatur : la jurisprudence l'a admis très tôt pour les jugements en matière d'état des personnes⁸⁴⁹. Elle opère une distinction entre d'une part les jugements étrangers qui, pour être applicables en France, sont soumis à une procédure de contrôle et d'autre part les jugements qui sont reconnus et produisent des effets sans passer par cette procédure. Cette distinction ne se fait pas selon la matière en cause mais selon l'effet voulu. Il en résulte qu'un jugement étranger ne peut produire un effet coercitif en France qu'au moyen d'une procédure d'exequatur. Il faut en déduire que si ce jugement ne nécessite pas d'acte d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes⁸⁵⁰, celle-ci ne serait pas obligatoire⁸⁵¹.

457. En ce qui concerne l'exequatur, en l'absence de réglementation législative précise, c'est à la jurisprudence qu'est revenue la tâche de préciser son régime juridique.

La question de l'exequatur ne se pose pas en droit français pour les décisions arbitrales, celles-ci échappent au contrôle du juge français et à la révision au fond⁸⁵². Elles sont en

⁸⁴⁸ Françoise Monéger, *Droit international privé*, op. cit. , p. 207 et s.

⁸⁴⁹ Arrêt Bulkley, Cass. Civ. 28/02/1860, *Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, Dalloz, 4ème éd. 2001, n°4.

⁸⁵⁰ C'est le cas d'une dissolution ou d'une annulation d'un mariage.

⁸⁵¹ Daniel Gutmann, *Droit international privé*, op. cit. , p. 241 et 242.

⁸⁵² Cass., Req. , 29/06/1928.

revanche soumises à un régime particulier s'agissant de leur reconnaissance et leur exécution⁸⁵³.

Ce contrôle des décisions étrangères par le juge et la conception plus ou moins stricte ou souple qu'en ont les différents pays sont très révélateurs. En effet, un Etat qui prévoit un contrôle assez léger de la décision étrangère par le biais de l'exequatur semble favoriser le développement du droit international en admettant largement la circulation internationale des décisions. A l'inverse, un Etat qui se livrerait à un contrôle strict des décisions étrangères et irait jusqu'à la révision du jugement étranger semble favoriser le protectionnisme, en ce sens qu'il développe manifestement une méfiance à l'égard des tribunaux étrangers.

458. Consciente de ces considérations, la jurisprudence française, après avoir opté pour un système de révision des jugements, est revenue sur sa position. Les conditions de l'admission de l'exequatur d'une décision de justice étrangère ont été fixées dans un arrêt « Munzer » du 7 janvier 1964⁸⁵⁴. Ces conditions sont : la compétence du tribunal étranger (1), la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction, l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit (2), la conformité à l'ordre public (3) et l'absence de toute fraude à la loi (4). Il faut cependant ajouter que ces cinq conditions initiales ont été réduites à quatre par un arrêt « Bachir »⁸⁵⁵ qui précise que la condition tenant à la régularité de la procédure suivie devant le juge étranger s'apprécie uniquement par rapport à l'ordre public international français et par rapport au respect des droits de la défense. Ces conditions vont être reprises successivement et examinées au regard des difficultés que pourrait rencontrer un jugement étranger mettant en œuvre les Règles de Hambourg.

1) La compétence du tribunal étranger

459. Cette compétence du tribunal étranger s'apprécie uniquement de façon internationale. Le juge français vérifie seulement que le juge étranger qui a rendu la décision appartenait bien à l'ordre juridictionnel compétent. Il ne contrôle pas si ce juge était celui approprié dans cet ordre juridictionnel⁸⁵⁶. En effet, le contrôle de la compétence interne du juge étranger ayant

⁸⁵³ Cf. Code de procédure civile, articles 1498 à 1507. L'arbitrage sera étudié ultérieurement, cf. infra n° 710 et s.

⁸⁵⁴ Cass. Civ. I 07/01/1964, *Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, Dalloz, 4^{ème} éd. 2001, n°41, p. 367 et s.

⁸⁵⁵ Arrêt du 04/10/1967, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, op. cit. n°45, p. 413 et s.

⁸⁵⁶ En principe un tel contrôle devrait être opéré par le juge français au regard des règles de compétence en vigueur dans le pays dont l'ordre juridictionnel a été désigné, en pratique une telle vérification n'est jamais faite.

rendu la décision (que ce soit sa compétence d'attribution ou celle territoriale) semble impossible pour un juge français qui ne paraît pas qualifié pour en juger.

460. Il est aussi possible de se demander si la vérification de la compétence internationale du juge étranger s'apprécie au regard des règles françaises de compétence ? Cette question pose problème : subordonner l'efficacité du jugement étranger à la convergence des règles de compétence françaises et étrangères paraît être une solution trop nationaliste. Il a, par conséquent, été proposé de bilatéraliser les règles françaises de compétence. Le juge étranger sera compétent lorsque le juge français le sera dans les mêmes circonstances.

La jurisprudence a cependant opté pour une règle autonome de compétence indirecte. Cette position se trouve énoncée dans l'arrêt « Simitch » de la Cour de cassation⁸⁵⁷. Elle permet de distinguer deux situations. D'abord, lorsque la règle française de compétence internationale directe donne compétence exclusive au juge français, l'exequatur doit être refusée. On ne connaît pas précisément les cas de compétence exclusive des tribunaux français, malgré tout les articles 14 et 15 du Code civil semblent faire partie de cette catégorie. En effet, l'article 15⁸⁵⁸ permet à un défendeur français attiré devant une juridiction étrangère de se soustraire à l'effet en France d'un jugement étranger. Cette disposition a une importance capitale puisqu'on peut imaginer qu'un défendeur français, mécontent de l'application des Règles de Hambourg par la juridiction étrangère, pourra en vertu de ces dispositions du Code civil contester l'exequatur de cette décision étrangère en se fondant sur la compétence exclusive des juridictions françaises. Ce privilège de juridiction accordé aux français (que ce soit au profit du demandeur⁸⁵⁹ ou du défendeur⁸⁶⁰) est très critiqué : d'abord parce qu'une lecture stricte des textes n'imposait pas l'exclusivité de compétence des tribunaux français⁸⁶¹, puis parce qu'il manifeste une méfiance générale à l'encontre du juge étranger. Malgré tout, cette règle de compétence exclusive est très fréquemment invoquée et son admission par la jurisprudence est large⁸⁶². Elle est pourtant facultative. Les personnes bénéficiaires peuvent y renoncer de façon tacite ou expresse. Les juges ont ainsi tendance à interpréter le

⁸⁵⁷ Cass. Civ. 06/02/1985, RCDIP 1985, p. 243.

⁸⁵⁸ L'article 15 du Code civil dispose que : « Un français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ».

⁸⁵⁹ L'article 14 du Code civil dispose que « L'étranger, même son résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ».

⁸⁶⁰ Article 15 du Code civil.

⁸⁶¹ Ainsi l'article 15 du Code civil (cf. note supra pour le texte de l'article) avec l'emploi du terme « pourra » implique qu'il s'agit d'une possibilité pour l'étranger de saisir le juge français. Pourtant la jurisprudence française la transforme en obligation (Cass. Civ. I 21/03/1966, *Grands arrêts du droit international privé*, op. cit. , n°43, p. 394 et s.) cet article devenant donc un privilège de juridiction pour le Français défendeur.

⁸⁶² Bernard Audit, *Droit international privé*, op. cit. , p. 391, note 2.

comportement du justiciable pour y rechercher une renonciation tacite au privilège de juridiction. Une action en justice à l'étranger constituera une présomption de renonciation tacite par le bénéficiaire de la compétence exclusive. Il pourra cependant prouver qu'il ne s'est présenté devant le juge étranger que pour sauvegarder ses intérêts, qu'il n'avait pas la volonté de renoncer à son privilège de juridiction⁸⁶³. Il semble pourtant, et c'est très important, que le privilège de juridiction invoqué suffisamment tôt par le justiciable français permette de faire échec à l'exequatur d'un jugement étranger appliquant les Règles de Hambourg.

Ensuite, en revanche, lorsqu'il n'y a pas de compétence exclusive reconnue aux juridictions françaises, l'exequatur est plus facilement accordée. Elle l'est à la condition que le litige ne se rattache pas d'une manière caractérisée au pays du juge saisi et que la saisine du juge étranger ne soit pas frauduleuse. Le juge de l'exequatur doit aussi vérifier la compétence législative.

2) L'application de la loi compétente selon les règles françaises de conflit

461. Cette condition posée par l'arrêt « Munzer » apparaît bien exigeante puisque l'efficacité du jugement étranger apparaît ainsi subordonnée à l'identité entre règle de conflit française et règle de conflit étrangère. Pourtant, les règles de conflit sont purement nationales et rarement uniformes. Une telle condition semble ainsi postuler que le système de conflit de lois français est universel, ce qui est erroné. Cette disposition semble par conséquent permettre à un ressortissant français d'échapper à l'application des Règles de Hambourg puisqu'on a vu combien leur admissibilité par les règles de conflit française est difficile. En effet, en cas de conflit de lois impliquant des conventions internationales, le juge français est tenu par l'application impérative des textes qui lient son Etat. On pourrait déduire de cette disposition que si une des Conventions internationales ratifiée ou approuvée par la France est applicable, celle-ci primant sur l'utilisation de la règle de conflit de lois, empêche l'exequatur d'une décision étrangère mettant en œuvre les Règles de Hambourg.

462. La jurisprudence consciente de ces difficultés, et face aux critiques doctrinales⁸⁶⁴, a tempéré la rigueur du principe. D'abord, elle a admis le renvoi. C'est-à-dire que lorsque la loi désignée par la juridiction étrangère n'est pas celle désignée par les règles française de conflit, l'exequatur est admis si la loi appliquée a été désignée par le droit de l'Etat, dont la loi est

⁸⁶³ Françoise Monéger, *Droit international privé*, op. cit. , p. 192.

⁸⁶⁴ Par exemple, Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, *Droit international privé*, 5ème éd. , Dalloz Paris, 1996, n° 505, p. 559. Cf. aussi Marc Ancel, *Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères*, Travail de la Commission française de droit international privé, 1986-1987, 25 et s.

applicable, selon les règles françaises de conflit et que la loi appliquée se veut compétente⁸⁶⁵. Ensuite, elle a fait application de la théorie dite de l'équivalence. Elle conduit à dire que le jugement étranger est régulier lorsque la loi appliquée par le juge étranger entraîne les mêmes résultats que ceux obtenus avec la loi désignée par la règle de conflit française⁸⁶⁶. Même s'il apparaît qu'il « est très rare qu'un refus d'exequatur intervienne pour défaut d'équivalence entre le résultat du jugement et celui auquel aurait conduit la loi désignée par la règle de conflit française »⁸⁶⁷, ce dispositif ne se justifie pas. Pourquoi un juge étranger aurait-il à respecter le système de conflit de lois français ?

463. Dans un arrêt « Lundwall »⁸⁶⁸, la Cour d'appel de Paris a accordé l'exequatur d'un jugement appliquant une loi désignée par les règles françaises de conflit au motif qu'une équivalence existait entre cette loi et celle désignée par les règles françaises de conflit. Il est alors possible de considérer, pour les Règles de Hambourg, d'une part, que si le juge étranger n'applique pas une Convention que le juge français aurait appliquée, il se base sur le même raisonnement que lui pour appliquer ce texte : celui de l'application impérative des conventions maritimes. D'autre part, concernant cette atténuation admise par la jurisprudence qui accepte l'application d'une loi équivalente à celle qu'aurait appliquée le juge français, il faut admettre que le terme équivalent ne signifie pas identique. En effet, les solutions dégagées d'un côté par les Règles de Hambourg, et de l'autre par la Convention de Bruxelles dans ses différentes versions, sont certes différentes, mais elles présentent de nombreux points communs. Outre qu'elles régissent les rapports entre intervenants du transport de marchandises par mer, leurs domaines d'application sont souvent communs ce qui cause d'ailleurs des conflits, et celles-ci envisagent en général les mêmes situations. Il faut alors admettre que les Règles de Hambourg sont, pour le juge étranger, l'équivalent de la Convention de Bruxelles modifiée, qui lie le juge français.

464. Plutôt que d'invoquer le respect de l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, il serait souhaitable pour bloquer l'efficacité des jugements étrangers qui peuvent heurter les conceptions en vigueur en France, d'avoir recours à l'ordre public international.

⁸⁶⁵ Tribunal Civil de la Seine, 22/10/1956, RCDIP 1958, p. 117.

⁸⁶⁶ Arrêt « Lundwall », Cour d'appel de Paris, 04/02/1958, RCDIP 1958, p. 389.

⁸⁶⁷ Daniel Gutmann, *Droit international privé*, op. cit., p. 240 et 241.

⁸⁶⁸ Cour d'appel de Paris, 04/02/1958, RCDIP 1958, p. 389.

3) La conformité à l'ordre public international

465. Le jugement étranger ne doit pas être contraire à l'ordre public. Cet ordre public peut être invoqué à la fois à l'encontre de la loi appliquée mais aussi de la procédure suivie. Cet ordre public procédural a pris le relais de la troisième condition initialement prévue par l'arrêt « Munzer ». Le juge contrôle que la procédure suivie à l'étranger a respecté les points qui intéressent l'ordre public tels que les principes essentiels du procès. Cet ordre public est constitué par un ensemble de principes substantiels qui sont appliqués soupagement car il s'agit de laisser se produire en France les effets d'une situation née à l'étranger. En vertu de cet ordre public atténué⁸⁶⁹, un juge étranger ayant tranché un conflit de conventions et appliqué les Règles de Hambourg, celles-ci en tant que règles matérielles applicables au fond du litige seront en principe conformes à l'ordre public international. Il est malgré tout possible de se demander si certaines dispositions des Règles de Hambourg ne sont pas susceptibles d'être sanctionnées par un tribunal français sur ce fondement, cela pourrait par exemple être le cas du dispositif portant sur le déchargement des marchandises⁸⁷⁰.

Enfin, il reste une dernière condition que doit contrôler le juge avant de donner l'exequatur : il s'agit de l'absence de fraude à la loi.

4) L'absence de fraude à la loi

466. Cette condition est importante. Elle a d'ailleurs été reprise par un arrêt de la Cour de cassation « Simitch » qui énonce que « le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux »⁸⁷¹. La fraude à la loi consiste à obtenir par un procédé frauduleux l'application d'une loi normalement incompétente.

Cette notion de fraude à la loi va faire l'objet d'une étude spécifique dans les développements suivants. Il faut cependant préciser, s'agissant du contrôle d'une éventuelle fraude à la loi en cas de jugement étranger ayant appliqué les Règles de Hambourg, que l'application des Règles ne peut pas être obtenue frauduleusement. Cela par le fait que ce sont les règles elles-

⁸⁶⁹ La formule d' « effet atténué de l'ordre public » a été énoncée dans l'arrêt « Munzer » ; le principe, lui, est antérieur, il a été formulé dans l'arrêt de la Cour de cassation « Rivière » du 17/04/1964, note Plaisant, JDI 1953, p. 860.

⁸⁷⁰ Par exemple les dispositions des Règles de Hambourg portant sur le déchargement des marchandises, cf. supra n° 293 et s. (plus particulièrement les développements sur la conception française de l'ordre public international).

⁸⁷¹ Cass. Civ. I 06/02/1985, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, op. cit. n° 70, p. 638 et s.

mêmes qui fixent leurs conditions d'applications⁸⁷², peu importe que les parties modifient les modalités de leur contrat afin que ces Règles soient applicables. Le choix du port de chargement ou du lieu d'émission du connaissement ne constitue pas une fraude.

467. On pourrait en revanche être tenté d'identifier un cas de fraude à la loi quand une partie a choisi une juridiction étrangère appliquant les Règles de Hambourg, uniquement pour faire échec à l'application d'une Convention qui lie la France et qui aurait été applicable au litige en cause. Pour le Professeur Mayer, « le simple fait d'échapper volontairement à la solution qu'aurait consacré ce jugement ne suffit pas à constater la fraude »⁸⁷³. Il semble, et c'est logique, que le juge français ne peut pas refuser de donner l'exequatur à une décision étrangère appliquant les Règles de Hambourg au motif qu'une Convention ratifiée ou signée par la France aurait été applicable au litige.

Pour que cette fraude au jugement soit caractérisée, il est nécessaire que l'intention frauduleuse de la partie qui réclame l'exequatur soit démontrée. Celle-ci se caractérise par la volonté d'aller plaider à l'étranger afin d'échapper aux règles applicables en France. Il en est ainsi quand une partie choisit de porter son action à l'étranger afin de bénéficier de la loi étrangère pour invoquer ensuite la décision étrangère en France. En pratique, cet élément intentionnel semble très difficile à identifier et prouver.

Au terme de cette étude, il est manifeste qu'une décision étrangère appliquant les Règles de Hambourg⁸⁷⁴ peut remplir les conditions d'efficacité des jugements étrangers et, à ce titre, bénéficier de l'exequatur en France. Cette admission soulève cependant des difficultés.

468. Une seule condition semble donc pouvoir faire obstacle à l'application en France d'une décision étrangère mettant en œuvre les Règles de Hambourg au détriment d'une Convention que le juge français aurait appliquée. Il s'agit de la condition de la compétence législative.

En conclusion, les décisions étrangères appliquant les Règles de Hambourg qui respectent les conditions qui ont été étudiées, peuvent produire des effets en France, même si pour le transport en cause le juge français aurait appliqué une autre convention⁸⁷⁵.

Cette étude sur les cas de faux conflits de conventions en matière de transport de marchandises, pour lesquelles se trouvent en conflit les Conventions ratifiées ou approuvées par la France et les Règles de Hambourg, a permis de dégager les différentes hypothèses qui

⁸⁷² Article 2 des Règles de Hambourg.

⁸⁷³ Pierre Mayer, *Droit international privé*, Montchrestien Paris, 6^{ème} éd. 1998, n°393, p. 258.

⁸⁷⁴ Et cela même si elle l'avait fait au détriment d'une Convention que le juge français aurait appliqué au litige.

⁸⁷⁵ Guillaume Tarin, *Les conflits de Conventions internationales en droit du transport de marchandises par mer*, op. cit. , p. 72 et 73.

peuvent se présenter et les différentes solutions qui peuvent y être apportées. Force a été de constater la division de la doctrine sur ces questions et les hésitations de la jurisprudence. Il en résulte un échec des règles du droit international privé classique à garantir une parfaite prévisibilité du droit applicable à un transport international de marchandises par mer. Il est possible d'identifier une autre illustration de l'inaptitude du droit international privé à réaliser l'unification du droit du transport international de marchandises par mer, il s'agit des hypothèses de fraude à la loi.

Paragraphe 2 – Les difficultés liées au caractère national des règles de droit international privé à l'origine de fraudes à la loi

469. Le problème de fraude à la loi n'est pas spécifique au droit international privé mais il est aggravé par le caractère international du litige, la diversité des droits internes et des systèmes de résolution des conflits internationaux qui peuvent faciliter les fraudes.

La fraude à la loi recouvre deux comportements très proches dans le résultat escompté, l'application d'une loi jugée plus favorable, mais différents dans leur procédé. Il s'agit d'une part de la fraude à la loi *stricto sensu*⁸⁷⁶ lorsque les parties, pour déclencher l'application d'une loi qui ne serait pas compétente en principe, manipulent « les règles de compétence législative du for envisagé »⁸⁷⁷ (A). D'autre part il est possible de réaliser une fraude à la loi *lato sensu*, en manipulant les critères de compétence juridictionnelle afin de déclencher la compétence des tribunaux d'un Etat dont on sait qu'ils appliqueront une loi plus favorable (B).

A – Les cas de fraudes à la loi *stricto sensu*

470. Il est nécessaire d'identifier cette fraude avant de voir si celle-ci intervient fréquemment dans la matière étudiée.

⁸⁷⁶ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, dans leur paragraphe sur la fraude à la loi, font la distinction entre la fraude à la loi « au sens strict » et le forum shopping. *Droit international privé*, Montchrestien Paris, 8^{ème} éd. 2004, n° 267 et 268, p. 187 et 188.

⁸⁷⁷ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, op. cit. , n° 268, p. 188.

1) L'identification de la fraude à la loi stricto sensu

471. Le mécanisme de fraude à la loi est assez simple : celle-ci s'accomplit dans le cadre d'un ordre juridictionnel donné dont les parties ne cherchent pas à éluder la compétence mais une des parties, connaissant la règle de conflit qui déterminera la compétence législative, va manœuvrer « de façon à lui faire désigner l'ordre juridique dont les règles favorisent son projet »⁸⁷⁸. Cette fraude se caractérise par la présence d'un élément subjectif et d'un élément objectif. L'élément subjectif, c'est l'intention d'échapper à une disposition impérative de la loi. Un élément intentionnel est indispensable : il s'agit de l'abus d'une faculté. Ainsi, « l'intention de fraude existe lorsque les actes ou circonstances volontaires qui rendent applicable une loi étrangère ont eu pour cause déterminante le désir d'échapper à une disposition légale impérative »⁸⁷⁹. En ce qui concerne l'élément objectif, il s'agit de l'utilisation volontaire d'une règle de conflit. Cela signifie bien sûr que pour qu'il y ait fraude à la loi, il est nécessaire que la règle de conflit soit fondée sur un élément de rattachement dont la localisation dépend de façon directe ou indirecte de la volonté des individus⁸⁸⁰.

La sanction de la fraude à la loi est la mise à néant de la situation créée par la fraude. En droit interne, la maxime « *fraus omnia corrumpit* » signifie que la fraude détruit totalement l'acte qui en est entaché. En droit international privé, on trouve la même sanction formulée par Monsieur Vidal : « la fraude a pour effet sa propre efficacité »⁸⁸¹. Pourtant en droit international, la sanction ne peut être aussi complète car il ne dépend pas de l'Etat français de décider si l'acte est valable dans le pays étranger où il a été accompli. Tout ce qui est de son pouvoir est de le considérer comme dépourvu d'effet en France. Comme le soulignent Messieurs Loussouarn et Bourel, « Il s'agit moins d'une nullité que d'une inopposabilité en France »⁸⁸². Ce type de fraude qualifié par Messieurs Mayer et Heuzé de « rudimentaire » est selon eux « rarement employée »⁸⁸³. Qu'en est-il s'agissant de la matière étudiée ?

⁸⁷⁸ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien Paris, 8^{ème} éd. 2004, n° 268 p. 189.

⁸⁷⁹ Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, *Droit international privé*, Dalloz Paris, 7^{ème} éd. 2001, n° 267 p. 328.

⁸⁸⁰ Il ne saurait ainsi y avoir en France de fraude à la loi en matière de statut réel immobilier puisque la loi applicable est celle du lieu de situation du bien immobilier (l'immeuble par définition ne pouvant être déplacé).

⁸⁸¹ Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude à la loi en droit français*, Paris, 1957, p. 372, cité par Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, op. cit. n° 273, p. 192.

⁸⁸² Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, *Droit international privé*, op. cit. n° 269, p. 330.

⁸⁸³ Ibid. n° 268, p. 188.

2) L'absence de fraudes à la loi stricto sensu dans la matière étudiée

472. En matière de droit du transport international de marchandises par mer, ce type de fraude est difficile à identifier et à établir car, si l'élément objectif qui permet de caractériser la fraude est une manœuvre conduisant à la modification de l'élément de rattachement, dans la matière étudiée, les parties peuvent choisir elles-mêmes la loi applicable. Les parties peuvent en effet avoir recours à une clause Paramount⁸⁸⁴, stipulation contractuelle très courante permettant de déclencher l'application d'une loi interne ou d'une Convention internationale. En outre, la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui contient les règles de conflit applicables en France en matière contractuelle, pose le principe de la liberté de choix des parties. Cette liberté contractuelle n'est possible que si tous les éléments de la situation ne sont pas localisés au moment du choix dans un seul pays (c'est ce qui résulte d'une interprétation a contrario de l'article 3-3 de la Convention de Rome). Or, le fait que le lieu de conclusion puisse constituer un élément d'extranéité rend le choix de la loi de ce pays ou d'un autre pays très aisé. La Convention de Rome ne prévoyant pas l'hypothèse de la fraude à la loi, il semble qu'elle permette aux parties une « complète liberté de choix »⁸⁸⁵ dans les rapports internationaux. De ce fait, il semble très difficile d'identifier des cas de fraude à la loi stricto sensu en matière de droit du transport international de marchandises par mer. En est-il de même s'agissant des hypothèses de fraude à la loi lato sensu ?

B – Les cas de fraudes à la loi lato sensu : le forum shopping

473. Il existe un autre cas de fraude à la loi qui est en fait un cas de fraude à la juridiction, en ce sens qu'il y a une manipulation des critères de compétence juridictionnelle. Cependant l'objectif en général est de se placer artificiellement sous l'empire d'une loi dont la teneur convient mieux à leurs desseins. C'est pour cela qu'il est possible de parler de fraude à la loi lato sensu. Il s'agit de la pratique du forum shopping qui semble courante en matière de droit du transport international de marchandises par mer (cette pratique n'est pas spécifique à cette matière). Il est pourtant nécessaire de distinguer entre un comportement délictueux et un autre qui ne l'est pas.

⁸⁸⁴ Article 10-c de la Convention de Bruxelles révisée et article 2-e des Règles de Hambourg.

⁸⁸⁵ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, op. cit. , n° 700, p. 518.

1) L'identification des hypothèses de forum shopping en matière de droit du transport international de marchandises par mer

474. L'identification de la loi applicable à un rapport de droit suppose qu'au préalable le problème de la juridiction compétente ait été résolu. La détermination de celle-ci peut parfois poser problème. C'est d'autant plus le cas en matière de commerce international. Les règles visant la juridiction ont une nature matérielle puisqu'elles aboutissent à une détermination directe de la compétence du juge saisi. A priori, ce choix de la juridiction compétente ne préjugera pas de la loi applicable (« opposition du juridique au judiciaire »⁸⁸⁶). Pourtant comme le souligne Madame Attalah, « la doctrine est peut être en cela idéaliste étant donné la propension des juges à appliquer leur propre loi et étant donné surtout l'inévitable application du système local de conflits de lois qui revêt parfois une importance décisive »⁸⁸⁷.

On trouve des règles permettant de déterminer la compétence tant en droit interne que dans des Conventions internationales. Chaque Etat étant libre de donner les règles de compétence de ses propres tribunaux, c'est l'expression de leur caractère souverain, il faut commencer par les dispositions internes. En France, les articles 14 et 15 du Code civil s'appliquent dans les hypothèses où l'une des parties en cause est un français et prévoient un critère supplémentaire de compétence fondé sur la nationalité. Pour les autres hypothèses, s'applique la règle ordinaire de compétence territoriale interne selon laquelle « l'ordre juridictionnel français est compétent si le défendeur est domicilié en France ».

475. S'agissant de façon plus spécifique des Conventions internationales qui font l'objet de cette étude, la Convention de Bruxelles de 1924 (dans aucune de ses différentes versions) ne comporte de disposition spécifique. Ce silence est source d'incertitude car les juridictions nationales ont dû pallier ce manque.

En pratique, la détermination de la juridiction compétente est faite par les clauses attributives de juridiction insérées aux connaissements. Ces clauses ont une importance fondamentale. En effet, elles ne devraient en principe avoir pour finalité que d'éviter à une partie de se déplacer, favoriser la recherche de preuve, l'exécution du jugement... alors qu'en fait elles peuvent être stipulées pour permettre l'application d'une loi interne ou d'une convention internationale jugée favorable. La validité de ces clauses est appréciée sur la base de la loi nationale du juge qui aura à régler ce conflit de juridiction. Dans l'espace européen s'appliquera le règlement

⁸⁸⁶ Henri Battifol, *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, RCADI 1973, II, p. 96.

⁸⁸⁷ Ana Atallah, *Quelques réflexions sur le développement du « forum shopping »*, DMF n° 620, 2001, p. 868.

CE 44/2001⁸⁸⁸ (hormis les cas de compétence exorbitants dont font partie, pour la France, les articles 14 et 15 du Code civil). Ces clauses de prorogation de juridiction sont très importantes en matière de transport international de marchandises par mer. En effet, elles sont très fréquentes et sont généralement insérées par l'une des parties dans un contrat-type⁸⁸⁹. Ces clauses posent un problème de validité et d'opposabilité aux tiers. Elles seront nulles quand elles auront pour seul but d'éviter l'application d'une loi impérative (il y aurait fraude à la loi). En outre, il ne sera pas possible de les opposer aux tiers qui n'ont pas accepté ces clauses de façon expresse. Il convient en la matière de faire la différence entre l'opposabilité de la clause à un tiers au contrat à qui a été transmis le connaissement (par exemple le destinataire) et son opposabilité au chargeur. Au sujet du premier, la Cour de cassation considère qu'« il ne résulte d'aucun texte de droit interne que le porteur du connaissement, en acceptant la livraison de la marchandise, succède aux droits et obligations du chargeur découlant de la clause attributive de juridiction acceptée par celui-ci »⁸⁹⁰. Pour le chargeur, partie au contrat de transport, la Cour de cassation considère que « les clauses insérées au connaissement n'ont de valeur contractuelle que s'il est établi que le chargeur en a eu connaissance et les a acceptées au plus tard le jour où le contrat de transport est conclu, cette preuve pouvant instamment résulter de la signature du connaissement »⁸⁹¹. Cette distinction entre le chargeur et le destinataire peut être critiquée car il est possible d'estimer que le destinataire est partie au contrat. Il faut pour cela que celui-ci « ait exprimé son intention de conclure le contrat aux conditions prévues par le transporteur qui est ici en position d'offrant. Une telle acceptation du contrat de transport lui-même, et non de toutes ses clauses, peut être tacite et résulter d'un

⁸⁸⁸ Règlement du 22 décembre 2000 qui a remplacé la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence, les dispositions d'origine restent pour l'essentiel inchangées.

⁸⁸⁹ Le contrat-type est « une variété de contrat d'adhésion excluant généralement les pourparlers... », *Lexique des termes juridiques*, sous la direction de Raymond Guillien et Jean Vincent, Dalloz Paris, 15^{ème} éd., 2005.

⁸⁹⁰ Cass. Com., 04/03/2003, DMF 2003, p. 561 et p. 638. Cf. sur ce point Alexandre Malan, *Le rayonnement de la clause compromissoire et de la clause attributive de juridiction dans les opérations de transport maritime*, DMF 2006, p. 3. Il est pourtant possible de trouver un arrêt de la 1^{ère} chambre Civile de la Cour de cassation énonçant que « l'insertion d'une clause de juridiction étrangère dans un contrat international fait partie de l'économie de celui-ci, de sorte qu'elle s'impose à leur subrogé ». Cass. Civ I, 12/07/2001, obs. Philippe Delebecque, DMF 2001 n° 621, p. 994-1001, Cas. Civ. I, 22/11/2005, DMF janvier 2006, p. 16. Messieurs Bonassies et Scapel, analysant les raisons de ce conflit, estiment que celles-ci sont diverses : « Outre que la Chambre civile paraît avoir une conception abstraite du connaissement, alors que cette conception a été condamnée par la Chambre commerciale dans l'arrêt Nagasaki (Cass. Com, 29/11/1994, DMF 1995, 209), il semble que, très favorable aux clauses de juridiction dans les contrats internationaux, elle n'ait pas pris conscience du caractère spécifique du contrat de transport maritime, où ces clauses de juridiction ne sont pas négociées entre les parties, mais imposées au chargeur, alors que la Chambre commerciale, dans son approche plus concrète, a pleinement perçu ce caractère ». Pierre Bonassies et Christian Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ Paris, 2006, n° 1162, p. 748 et 749.

⁸⁹¹ Cour de cassation, Chbre Com, DMF 1994, p. 628. Cf. pour des développements complémentaires Gilles Héligon, *Opposabilité aux destinataires des clauses de compétence des contrats de transport : question de droit ?*, Gazette de la Chambre arbitrale maritime de Paris, n°3, janvier 2004, p. 3-5.

acte dont on peut déduire la volonté de contracter, le plus caractéristique de ces actes étant l'exécution même du contrat, soit en l'occurrence la prise de réception de la marchandise et, préalablement, la présentation du connaissement »⁸⁹². Pourtant comme le souligne le Professeur Delebecque, ce n'est pas parce que le destinataire est partie au contrat qu'il en accepte toutes ses conditions particulières. Il accepte juste le contrat de transport lui-même.

476. Le droit communautaire reconnaît la validité et l'opposabilité des clauses de prorogation de juridiction quand elles ont la forme d'un usage du commerce international⁸⁹³. La Cour de justice des Communautés européennes a ainsi considéré que l'acceptation de la clause peut découler de l'existence d'un usage « régissant le domaine du commerce international dans lequel (les parties) opèrent et dont elles ont ou sont censées avoir connaissance ». De façon plus précise, en l'absence de transmission et d'opposabilité automatique de la clause en vertu de la loi applicable au contrat de transport, il y a lieu de vérifier le consentement du tiers porteur au regard des exigences de l'article 17 alinéa 1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968⁸⁹⁴. L'article 17 de cette Convention soumet la validité de la clause attributive de juridiction à une condition de forme : la prorogation de compétence doit être conclue « par écrit ou verbalement avec confirmation écrite » ou « sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles », ou encore « sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu par les parties à des contrats du même type dans la branche du commerce considéré ».

477. Dans ce cas, le consentement des parties devra être présumé sans qu'il ait besoin d'aucune autre forme spécifique d'acceptation. Il faudra toutefois vérifier le consentement du tiers porteur au regard des exigences de l'article 17 de la Convention de Bruxelles de 1968.

⁸⁹² Philippe Delebecque, obs. sous Cass. Civ. I, 12/07/2001, DMF 2001, n° 621, p. 996 et 997.

⁸⁹³ Arrêt de la CJCE du 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti Spedizioni Internazionali S.p. A. c. Hugo Trumphy S.p.A.*

⁸⁹⁴ La Cour de justice des Communautés européennes décide en effet que c'est au droit national applicable de déterminer si une clause attributive de juridiction insérée dans un connaissement peut être invoquée à l'égard du tiers porteur du connaissement dès lors que celui-ci succède au chargeur dans ses droits et obligations. En revanche, si en vertu du droit national applicable, le tiers au contrat initial n'a pas succédé à l'une des parties originaires dans ses droits et obligations, il appartient à la juridiction saisie de vérifier, au regard des exigences énoncées par l'article 17, premier alinéa, de la Convention, la réalité de son consentement à la clause attributive de juridiction invoquée à son encontre. CJCE, 5^{ème} Chbre. 09/11/2000 (arrêt Coreck), obs. Philippe Delebecque, DMF 2001 n° 613, p. 187-194. Comme l'indiquent Messieurs Bonassies et Scapel, « la tâche du juge national devient impossible. Comment pourra-t-il examiner si la clause de juridiction ou la clause compromissoire a fait l'objet du consentement du tiers porteur en appréciant la connaissance de l'usage, qui fonde ou devrait fonder ce consentement, non dans le chef du tiers porteur, mais dans le chef des parties originaires, transporteur et chargeur ? On est dans la confusion et la contradiction la plus totale. », Pierre Bonassies et Christian Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ Paris, 2006, n° 1165, p. 750 et 751.

Cette solution est celle qui s'applique en l'absence de transmission et d'opposabilité automatique de la clause en vertu de la loi applicable au contrat de transport.

Hors de l'espace communautaire, il sera possible de trouver des solutions dans les Règles de Hambourg qui, à la différence de la Convention de Bruxelles, contiennent une disposition portant sur la juridiction qui pourra être saisie. L'article 21 des Règles de Hambourg prévoit cinq fors concurrents au choix du demandeur, cela constitue donc un cas de « forum shopping » licite comme le souligne Madame Atallah⁸⁹⁵. Cette disposition permet en fait de retirer aux clauses de compétence leur caractère exclusif, un dispositif équivalent se retrouve dans le projet CNUDCI⁸⁹⁶. Cette pratique, si elle est licite, permet tout de même de frauder la compétence juridictionnelle d'un tribunal normalement compétent, et par ce biais, permet d'échapper à l'application d'une Convention internationale ratifiée par cet Etat ou à l'application d'une loi désignée par la règle de conflit de cet Etat. L'autre problème posé par cette pratique c'est qu'elle contribue à une dispersion des compétences et même à des incohérences permettant ainsi, lors d'un même litige, que plusieurs chargeurs puissent engager des actions dans des lieux différents contre le même transporteur et aboutir ainsi à des solutions différentes.

2) Une distinction nécessaire entre des comportements frauduleux et d'autres licites

Il résulte de ces éléments que le terme de « forum shopping » peut recouvrir des agissements frauduleux lorsqu'il y a manipulation sur les éléments de rattachement mais aussi « des agissements tout à fait légaux, lorsqu'on ne fait qu'exercer un choix qui est donné par les textes, à la recherche d'une loi, tantôt la plus généreuse, tantôt la plus sévère, tantôt prévoyant la prescription la plus courte ou la plus longue, ou encore du juge le plus accommodant, le plus proche, géographiquement ou linguistiquement, le plus susceptible de sanctionner

⁸⁹⁵ Ana Atallah in *Quelques réflexions sur le développement du « forum shopping »*, DMF 2001, p. 867 et s.

⁸⁹⁶ Le projet CNUDCI prévoit, à l'article 69 alinéa a, que le demandeur a le droit d'intenter une procédure judiciaire contre le transporteur devant un tribunal compétent dans le ressort duquel se trouve l'un des lieux suivants : domicile du transporteur, lieu de réception ou de livraison convenu dans le contrat ou port où les marchandises sont initialement chargées ou finalement déchargées du navire. Le transporteur et le chargeur pourront désigner dans un accord un tribunal compétent pour trancher les réclamations (article 69 alinéa b). Ce choix ne sera exclusif que dans l'hypothèse d'un contrat de volume (article 70-1). Une personne qui n'est pas partie au contrat de volume n'est liée par un accord exclusif d'élection de for que s'il désigne un tribunal situé dans un des lieux de l'article 69 de cette liste et que cet accord est contenu dans les données du contrat et si la personne est dûment avisée (en temps utile) du tribunal où l'action sera intentée (article 70-2. L'article 75 valide enfin les accords conclu après la naissance du litige pour le régler devant un tribunal compétent.

pleinement le mauvais débiteur ou au contraire d'évaluer de façon très modérée les frais de justice encourus, etc. »⁸⁹⁷.

Afin de distinguer entre ces deux comportements, un comportement frauduleux et un simple choix effectué par les parties entre la compétence de tribunaux de plusieurs Etats prêts à retenir leur compétence juridictionnelle, il faut contrôler s'il y a eu des actes faits « dans le seul but » d'échapper à telle ou telle prohibition, de se soustraire à telle ou telle loi⁸⁹⁸. Le comportement va être frauduleux si le jugement favorable espéré est principalement destiné à être invoqué dans un autre pays dont les tribunaux auraient refusé de faire droit à la demande s'ils en avaient été directement saisis. Il en résulte qu'un juge français doit être particulièrement attentif à ce problème lors d'une demande d'exequatur d'un jugement étranger en France. La fraude peut pourtant être très difficile à établir pour un juge français car le fraudeur aura instrumentalisé la diversité du for pour profiter de la diversité des systèmes de droit international privé et ainsi déclencher une règle matérielle forcément différente de celle qui aurait dû être applicable en France. Pour le juge français, la fraude devra être relevée quand le centre de gravité du litige est en France. La solution donnée en France au litige aurait été différente de celle donnée par le tribunal étranger (la fraude sera d'autant plus facile à identifier si le juge étranger a été saisi alors qu'une action était déjà pendante en France). Ces éléments ne sont pas suffisants. Il faudra en outre qualifier l'acte intentionnel de la partie qui est suspectée de fraude. Ainsi qu'on l'a vu à propos de l'exequatur d'un jugement étranger appliquant les Règles de Hambourg, cet élément peut être très difficile à prouver.

478. Cette pratique de manipulation des critères de compétence juridictionnelle trouve un terreau favorable de développement en matière de droit du transport international de marchandises par mer. En effet, en ce domaine règne la non-identité des règles de droit matériel. Un retour au droit international privé s'impose alors. Cependant, le droit international privé (les règles de conflit de lois) qui règle les problèmes résultants « de la diversité des règles substantielles et des ordres juridictionnels, en crée d'autres, dont l'origine se situe dans le défaut d'harmonie de ses propres règles d'un pays à l'autre »⁸⁹⁹. En outre, il a été vu qu'il était fréquent d'insérer dans les contrats de transport de marchandises des clauses attributives de compétence. Or, pour le Professeur Delebecque, celles-ci « ne méritent pas

⁸⁹⁷ Ana Atallah, op. Cit. , p. 869.

⁸⁹⁸ Il s'agit d'une définition classique donnée par la jurisprudence de la fraude à la compétence, cf. par exemple au sujet d'un cas de fraude à la compétence judiciaire : CA de Montpellier, 02/05/1985, cité par Ana Atallah, op. cit. note infra-paginale n° 37.

⁸⁹⁹ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, op. cit. , n° 32, p. 24.

d’être défendues » car il estime qu’« elles déjouent, le plus souvent, les règles – impératives – de responsabilité du transporteur. En outre, elles privent les justiciables de leurs juges naturels, c’est à dire en l’occurrence les juges du port de chargement ou du port de déchargement »⁹⁰⁰. Il est pourtant nécessaire de tempérer cette appréciation selon laquelle la manipulation des critères de compétence est aisée dans les contrats de transport maritime car les Etats, par le biais de l’exequatur, peuvent sanctionner ces fraudes à la compétence juridictionnelle qui sont souvent aussi des fraudes à la loi. Malgré cela, la possibilité de ces fraudes à la loi lato sensu en ce domaine illustre bien l’incapacité du droit international privé classique à permettre l’unification du droit du transport international de marchandises par mer.

Le caractère national des solutions pose aussi problème : un retour au droit interne dans des domaines dans lesquels des conventions internationales ont été adoptées pour unifier les législations est un constat de l’échec du droit international. Il est, par conséquent, souhaitable que soit dépassée cette résolution nationale des conflits de conventions par une suppression de ces conflits ou une résolution par des outils internationaux.

⁹⁰⁰ Philippe Delebecque, observations sous l’arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes, 5^{ème} Chbre, 09/11/2000, DMF 2001 n° 613, p. 194.

Section II - Le dépassement de la résolution nationale des conflits engendrés par les Conventions

479. La doctrine est consciente des défauts de la méthode conventionnelle mais aussi des difficultés que pose ce retour à des règles nationales : les règles de droit international privé pour trancher les conflits de Conventions. Elle a ainsi cherché des solutions pour dépasser cette résolution nationale. Les propositions vont principalement dans deux sens : celui de l'élaboration de règles de conflit de conventions ou celui de la mise en oeuvre d'un nouvel instrument (paragraphe 1).

La solution de l'élaboration d'un nouvel instrument a été reprise au plan international par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) qui travaille sur un nouvel instrument pour le transport international de marchandises par mer (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – Les propositions de la doctrine pour dépasser la résolution nationale des conflits de conventions

480. Afin de résoudre ces problèmes de conflits entre les Conventions relatives au transport international de marchandises par mer, la doctrine a proposé deux solutions très différentes.

La première, qui n'est pas propre au droit maritime, serait d'élaborer des règles de conflits spécifiques aux conventions (A). La seconde solution serait, elle, spécifique à la matière étudiée. Tirant les conséquences de l'incapacité des Conventions étudiées à unifier le transport international maritime de marchandises, elle consisterait à élaborer une nouvelle Convention internationale (B).

A - La solution de l'élaboration de règles de conflit spécifiques aux conventions

481. Cette solution proposée part du constat de l'échec de la méthode visant à unifier des règles de fond. Cette méthode était préférée par la doctrine internationaliste qui estimait que « l'adoption de règles uniformes de fond (règles matérielles) assure l'uniformité de la réglementation juridique des faits ou des rapports qui relèvent de l'activité humaine, alors que l'adoption de règles uniformes de droit international privé aboutit seulement à l'uniformité des critères visant le choix de la loi applicable sans pour autant garantir que la réglementation

juridique des faits ou rapports envisagés soit elle aussi la même dans les divers systèmes juridiques intéressés »⁹⁰¹. Le Professeur Malintoppi donnait d'ailleurs le transport international de marchandises par mer comme exemple de matière où l'adoption de Conventions internationales de droit uniforme était particulièrement facile et le processus d'unification du droit particulièrement efficace⁹⁰².

L'affirmation classique selon laquelle les conventions d'unification du droit substantiel constituent « le moyen le plus radical et le plus efficace de faire disparaître les conflits de lois »⁹⁰³ doit être dépassée. En effet, force est de constater qu'en dépit de l'existence de telles Conventions, il est nécessaire de revenir aux règles du droit international privé classique.

A cet égard, le Professeur Malintoppi constatant que les décisions judiciaires portant sur le droit international privé des transports sont assez peu nombreuses alors que la jurisprudence des divers pays a dû s'occuper à maintes reprises de questions concernant la détermination du champ d'application de conventions d'unification du droit substantiel dans cette même matière, se demande si « certains problèmes de droit international privé ne sont pas provoqués par l'existence même des conventions « unifiantes » ou bien en raison de leur contenu »⁹⁰⁴.

482. Quand l'adoption d'une réglementation matérielle uniforme n'a pas permis d'unifier les législations et, plus grave encore, quand cette réglementation pose des problèmes de conflits mettant en cause des Conventions internationales, il paraît logique d'essayer d'adopter des règles uniformes de droit international privé.

Cette réglementation uniforme du droit international privé ne saurait être une convention internationale composée de règles de conflit de lois classiques. En effet, les conventions internationales contenant du droit matériel ont un caractère spécial. Elles sont appropriées par leur contenu puisqu'elles ont été adoptées eu égard au caractère intrinsèque des rapports qu'elles régissent, lesdits rapports impliquant plusieurs systèmes juridiques. Cette réglementation est aussi particulièrement appropriée puisque ce sont les mêmes règles matérielles qui seront adoptées dans les législations nationales des Etats contractants. Ces règles sont donc les plus pertinentes à la fois à l'égard des règles matérielles qui existent dans les législations nationales mais aussi par rapport aux règles de droit international privé. Il s'ensuit qu'en présence de droit uniforme, le conflit de lois n'est pas résolu mais écarté au profit de l'application du droit uniforme lorsque les conditions d'application de celui-ci sont remplies.

⁹⁰¹ Antonio Malintoppi, *Les rapports entre droit uniforme et droit international privé*, RCADI, op. cit. , p. 12.

⁹⁰² Ibid. , p. 13.

⁹⁰³ Annuaire de l'Institut de Droit international, vol. VI, 1883, p. 92.

⁹⁰⁴ Antonio Malintoppi, op. cit. , p. 14.

483. En présence d'un conflit entre ces conventions internationales contenant du droit matériel, une intervention du droit international privé peut seulement se concevoir sous la forme de règles de conflit de conventions.

Madame Brière propose ainsi de résoudre les conflits entre conventions en tenant compte de l'existence d'une hiérarchie entre les conventions internationales⁹⁰⁵. Cette technique ne permet pas d'apporter de solutions à la matière qui fait l'objet de cette étude. En effet, cette hiérarchisation des normes conventionnelles peut difficilement se concevoir puisque les Conventions en conflit ont quasiment le même objet et visent à unifier certains aspects du droit applicable à ce type de transport.

Reste alors la solution du recours aux règles de conflit de conventions dégagées par Monsieur Majoros. Il est nécessaire d'exposer ces règles (1) avant d'apprécier leur efficacité (2).

1) Les règles de conflit spécifiques aux conventions proposées par Monsieur Majoros

484. Les règles de conflit retenues par Monsieur Majoros, que le Professeur Lagarde préfère qualifier de « principes de préférence »⁹⁰⁶ ou que l'on peut aussi qualifier de critères de rattachement adéquats, sont l'efficacité, la spécificité et la postérité de la réglementation conventionnelle.

485. Monsieur Majoros a précisé que ces règles ne devaient être mises en œuvre par le juge qu'en l'absence de choix effectué par les parties au litige entre les instruments en présence. Cette préférence accordée à l'autonomie de la volonté peut aisément se comprendre en droit du commerce international. Elle est pourtant difficile à mettre en œuvre. Madame Brière a très bien présenté les difficultés de cette faculté reconnue aux parties⁹⁰⁷ : d'abord parce que ce choix fait par les parties d'une des conventions en litige n'a pas de fondement juridique, ensuite parce qu'il sera nécessaire d'obtenir à la fois l'accord des deux parties sur ce choix et l'aval du juge, celui-ci en l'absence d'un fondement juridique n'étant pas lié par le choix des parties. Cette prise en compte du rôle de l'autonomie de la volonté en matière de règlement de conflit de convention paraît intéressante même si elle est difficile à mettre en œuvre du fait de son absence de fondement juridique⁹⁰⁸.

⁹⁰⁵ Carine Brière, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, op. cit. , p. 277 et s.

⁹⁰⁶ Paul Lagarde, RCDIP 1982, n°1 T71, p. 231.

⁹⁰⁷ Carine Brière, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, op. cit. , n° 316 et s.

⁹⁰⁸ Le rôle de l'autonomie de la volonté ne sera pas pour autant négligé. Il sera fait état dans la seconde partie des différents hypothèses dans lesquelles les parties peuvent choisir le droit applicable et on se demandera si par ce biais elle ne peuvent réaliser une uniformisation du droit.

486. La règle de la matière spéciale doit être éliminée car, pour les Conventions en conflit, on ne peut pas déceler une spécificité « *ratione materiae* » d'une Convention sur l'autre. Reste à examiner la règle de l'efficacité maximale (a) et celle du traité postérieur (b).

a) La règle de l'efficacité maximale

487. Cette règle est le principe de résolution des conflits entre conventions de droit privé le plus novateur parmi ceux proposés par Monsieur Majoros. Cette idée repose sur le postulat que les conventions internationales ont pour but de protéger des intérêts aisément identifiables, et qu'en cas de conflit entre des conventions, devra être appliquée celle qui permet de tenir le mieux compte de ces intérêts (l'identification des « intérêts » protégés par une convention va devoir être faite au cas par cas). Ce principe semble inspiré par le fruit de la réflexion de Monsieur Rousseau qui, examinant les solutions conférées par le droit positif au problème des traités concurrents, énonça dès 1932, qu'en émergeait le tendance « de faire rendre le maximum d'efficacité compatible aux règles contradictoires »⁹⁰⁹. La mise en œuvre du principe de l'efficacité maximale implique, par conséquent, d'effectuer une analyse des intérêts en présence, dans chaque hypothèse de conflit, et ce afin d'appliquer la norme conventionnelle la « plus efficace ». Pour Monsieur Majoros, cette « règle de l'efficacité prime les autres règles de conflit »⁹¹⁰. Il ne faut cependant pas croire que cette affirmation signifie que cette règle est un principe directeur à laquelle les autres règles de conflits seraient soumises. Monsieur Majoros considère au contraire que les règles de conflit qu'il juge adéquates sont « sur un pied d'égalité »⁹¹¹, mais que la règle de l'efficacité maximale doit être mise en œuvre de façon prioritaire pour résoudre les incompatibilités entre conventions régissant une matière rattachée au critère de l'efficacité. Cette règle de l'efficacité maximale a convaincu une partie de la doctrine qui n'a pas hésité à en recommander l'application pour résoudre les conflits impliquant des Conventions réglementant le transport international de marchandises par mer⁹¹².

488. Pour Monsieur Diallo, la règle de l'efficacité maximale « constitue une méthode sûre de solution des conflits de conventions en matière de transport international de marchandises

⁹⁰⁹ Charles Rousseau, *De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international*, RGDI 1932, p. 154.

⁹¹⁰ Ferenc Majoros, *Les conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traité pratique. I*, op. cit., p. 253.

⁹¹¹ Ferenc Majoros, *Les conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traité pratique. I*, ibid., p. 256.

⁹¹² Carine Brière, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, op. cit., p. 193.

par mer, même si sa mise en œuvre n'est pas aisée »⁹¹³. En effet, l'intérêt inspirant les Conventions internationales en matière de transport international de marchandises par mer et même leur finalité inhérente, est de régler de manière uniforme les transports internationaux de marchandises par mer pour lesquels un connaissement a été émis. En outre, et c'est aussi la principale difficulté rencontrée par ces Conventions, celles-ci en régissant la responsabilité du transporteur doivent répartir les risques résultant de ce type de transport entre les différents acteurs⁹¹⁴. Pour Monsieur Diallo, la finalité de ces Conventions étant d'accorder la protection la plus étendue au porteur légitime du connaissement⁹¹⁵, il faudra retenir parmi les dispositions conventionnelles concurrentes, celle la plus protectrice des intérêts du porteur du connaissement.

489. L'application de cette règle de l'efficacité maximale aux conflits entre les Conventions portant sur le droit du transport de marchandises par mer pose des difficultés. En effet, il est évident que chacune des Conventions susceptibles d'être en conflit s'est voulue plus protectrice des intérêts du chargeur⁹¹⁶. Pour appliquer cette règle de conflit, il faudra identifier la Convention qui sauvegarde de la façon la plus efficace les intérêts du chargeur ou du destinataire de l'opération de transport. Cette distinction n'est pas aisée à faire. En cas de conflit entre la Convention de Bruxelles originelle et un de ses Protocoles, celui-ci devra en principe être résolu en faveur du Protocole. En effet, les Protocoles tendent à améliorer la situation du porteur du connaissement. Il en est ainsi du plafond de limitation de la responsabilité du transporteur qui a été élevé à chaque révision en faveur des intérêts du chargeur⁹¹⁷.

Malgré cela, la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 dans sa version d'origine peut sauvegarder de façon plus efficace les intérêts du chargeur ou du destinataire de l'opération de transport sur certains points. Ainsi, les mentions figurant sur le connaissement sont, en principe, présumées exactes, sauf preuve contraire, alors que le Protocole de 1968 dispose que cette présomption est irréfutable lorsque le connaissement a été transféré à un tiers porteur

⁹¹³ Ibrahima Khalil Diallo, *Conflits de lois et conflits de Conventions dans le transport international de marchandises par mer*, DMF 1988, p. 646. Et cf. la thèse pour le doctorat en droit du même auteur, *Conflits de lois et conflits de Conventions dans le transport international de marchandises par mer*, Paris II, 1987, n° 53 et 62.

⁹¹⁴ Chargeur, transporteur, transporteur substitué, tiers porteur du connaissement.

⁹¹⁵ Ibrahima Khalil Diallo, thèse pour le doctorat en droit précitée., p. 64.

⁹¹⁶ Qui est souvent mais pas toujours porteur du connaissement puisque cela peut être aussi un tiers porteur ou le destinataire de l'opération.

⁹¹⁷ Ibrahima Khalil Diallo, thèse pour le doctorat en droit précitée., p. 65 et s. Il a été démontré que cette affirmation pouvait être contestée, notamment en cas d'une réparation par colis, cf. supra n° 275.

de bonne foi⁹¹⁸. Il faudra par conséquent pour chaque cas de conflit comparer les solutions que les Conventions concernées édictent afin de savoir laquelle appliquer.

Un problème identique se pose à propos des Règles de Hambourg qui ont été adoptées sous la pression de pays chargeurs et ce pour aggraver la responsabilité du transporteur. Le régime de responsabilité du transporteur repose sur un régime de présomption de faute mais prévoit que le transporteur peut s'en libérer s'il établit que lui-même, ses préposés et ses mandataires ont pris toutes « les mesures qui pouvaient raisonnablement être exigées pour éviter l'événement et ses conséquences »⁹¹⁹. Son application peut, de ce fait, s'avérer hasardeuse. En effet, la doctrine est divisée sur l'interprétation à donner au régime de responsabilité prévu par les Règles de Hambourg. Pour une partie des auteurs⁹²⁰, le transporteur est responsable à moins qu'il apporte la preuve qu'il a déployé une diligence raisonnable. Dans ce cas, si le dommage est d'origine inconnue, il sera pratiquement impossible au transporteur de s'exonérer tant qu'il ne parviendra pas à démontrer l'origine du dommage. Pour une autre partie de la doctrine⁹²¹, ce système étant basé sur la présomption de faute, ils fondent leur argumentation sur le Consensus annexé à la Convention⁹²². Le transporteur n'a donc qu'à prouver que son comportement a été raisonnable pour s'exonérer de sa responsabilité⁹²³.

490. Cette règle de l'efficacité maximale s'avère d'une application complexe puisqu'il faudra comparer les solutions données par les différentes Conventions en conflit au cas d'espèce et ce alors que les solutions conventionnelles peuvent ne pas être claires.

En outre, il est possible de douter de la pertinence de la finalité dégagée par Monsieur Diallo et qui serait celle poursuivie par les Conventions en matière de transport international de marchandises par mer : protéger les intérêts du chargeur ou du destinataire de l'opération de transport. En effet, le monde maritime a évolué au cours du vingtième siècle et on a pu assister à une modification des rapports de force et bien souvent le chargeur qui était faible devant le transporteur peut, à présent, être en position de force car il y a désormais des chargeurs puissants et des petits armements⁹²⁴. D'autre part, ces textes n'envisagent pas

⁹¹⁸ « Toutefois la preuve n'est pas admise lorsque le connaissance a été transféré à un tiers porteur de bonne foi », article 1-1 du Protocole du 23 février 1968.

⁹¹⁹ Article 5-1 des Règles de Hambourg.

⁹²⁰ Yves Tassel, *Le régime juridique et la durée de la responsabilité du transporteur de marchandises par mer*, op. cit. , p. 415 et s. et Christian Scapel, Scapel 1992, p. 121.

⁹²¹ Françoise Odier, Bulletin des Transports 1992, n° spécial 2496. et René Rodière, Bulletin des Transports 1978, p. 294.

⁹²² Le consensus affirme qu' « il est entendu que la responsabilité du transporteur en vertu de la présente Convention est fondée sur le principe de la faute ou de la négligence présumée ».

⁹²³ Pour plus de développements, cf. supra n° 276.

⁹²⁴ Guillaume Tarin, *Les conflits de Conventions internationales en droit du transport de marchandises par mer*, op. cit. , p. 46.

uniquement les rapports entre chargeurs et armateurs mais aussi la situation des préposés du transporteur, du tiers porteur du connaissance. Il n'est pas, de ce fait, possible de réduire la finalité des Conventions applicables en matière de transports internationaux de marchandises à une protection du porteur légitime du connaissance. D'ailleurs Monsieur Majoros lui-même estime que le critère de l'efficacité de la réglementation conventionnelle ne peut être utilisé pour apporter une solution à tous les cas de conflits existants entre les Conventions régissant une matière de droit privé et que le vaste domaine du droit maritime relève de la matière spéciale⁹²⁵.

La règle de la matière spéciale est, en effet, efficace pour régler les cas de conflits entre la Convention de Vienne du 21 mai 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires et les Conventions plus généralistes concernant la responsabilité civile du fait d'opérations de transport maritime⁹²⁶. En revanche, il a déjà été vu que cette règle de la matière spéciale ne permet pas de privilégier une des Conventions portant sur le transport international de marchandises par mer par rapport à une autre. Reste à étudier la dernière règle abstraite de conflit de conventions jugée adéquate par Monsieur Majoros.

b) La règle du traité postérieur

491. Cette règle de conflit de conventions formulée par Monsieur Majoros a été dégagée de la règle « *lex posterior derogat priori* » que l'on retrouve au paragraphe 3 de l'article 30 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités⁹²⁷. Cette règle permet, en cas de conflit ne pouvant être résolu par une clause de compatibilité, d'opérer un choix en faveur du texte le plus récent⁹²⁸. Cette règle permet aussi, dans l'hypothèse où la règle de l'efficacité maximale serait contestée, de renforcer son application si celle-ci désigne le traité postérieur.

⁹²⁵ Ferenc Majoros, *Les conventions internationales en matière de droit privé, (abrégé théorique et traité pratique)*, t. I, op. cit., p. 351 et s.

⁹²⁶ Le Protocole de la Convention de Bruxelles de 1968, celui de 1979 et les Règles de Hambourg contenaient de toute façon une disposition privilégiant la Convention sur les dommages nucléaires si celle-ci se déclare applicable.

⁹²⁷ Ce principe étant lui-même une transposition en droit international d'un des principes généraux du droit défendu par des auteurs tels Verdross et Castberg. Carine Brière, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, op. cit., p. 202 et 203.

⁹²⁸ Il convient de se référer uniquement à la date d'adoption des accords en cause. En effet Ferenc Majoros, pour dégager cette règle de rattachement, s'est référé à l'article 30 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969, et aux termes des travaux préparatoires de cette Convention, il résulte que seule la date d'adoption des accords en cause doit être retenue : United Nations Conference on the Law of Treaties, official records, t. 2, United Nations publications, New York, 1971, p. 56.

Le problème posé par cette règle est qu'elle n'a vocation à s'appliquer « qu'autant qu'il y a identité de contractants »⁹²⁹.

492. Dans l'hypothèse d'un conflit soumis à un juge français partie à la Convention de 1924 et au Protocole de 1968, à propos d'un transport impliquant un Etat B seulement partie à la Convention de 1924 originelle, rien ne permet de faire prévaloir, en application de cette règle, le Protocole de 1968 auquel l'Etat B n'est pas partie.

En conclusion, sur la résolution par le juge des conflits mettant en présence des Conventions portant sur le transport international de marchandises par mer, celui-ci étant lié par les engagements internationaux de l'Etat du siège, il devra appliquer les solutions conventionnelles contenues dans les Conventions auxquelles il est partie. C'est en l'absence de telles solutions ou si celles-ci sont incomplètes qu'il se référera aux solutions doctrinales.

Il a été démontré que la règle du traité postérieur et celle de l'efficacité maximale peuvent être appliquées aux Conventions maritimes, celles-ci sont-elles efficaces ?

2) L'appréciation de ces règles

493. Madame Brière souligne, se référant à des décisions jurisprudentielles, l'inexistence de véritable principe de solutions. Elle montre que les juges n'ont pas toujours mis en œuvre la règle de conflit que Monsieur Majoros estime la plus appropriée⁹³⁰.

Ces méthodes de résolution des conflits de conventions ne sont pas pleinement satisfaisantes puisqu'il est impossible de caractériser « la » méthode qui permettra au juge de trancher un conflit impliquant des conventions. Il est fort probable que celui-ci les utilisera en fonction de l'espèce et des conventions en présence.

Cette situation engendre subséquemment une incertitude sur le droit matériel applicable in fine. Il apparaît, de ce fait, souhaitable de parvenir à une codification au niveau international de ces règles de conflit de conventions afin d'aider un juge à trancher un conflit entre plusieurs conventions qui lient l'Etat dont il ressort.

494. Des réticences peuvent être exprimées sur la faisabilité d'une telle convention réunissant des règles de conflit permettant de trancher les conflits mettant en présence des conventions. Il faudrait dans un premier temps qu'une instance internationale se charge de ce travail titanesque, et ce alors même qu'il faut déjà constater la carence d'un organe régulateur

⁹²⁹ Charles Rousseau, *Droit international public*, Sirey, Paris, T I, Introductions et sources, op. cit. , 1970, p. 157.

⁹³⁰ Carine Brière, *ibid.* , p. 257 et s.

ayant pour mission de coordonner et de superviser les travaux des organisations chargées de l'unification du droit privé⁹³¹. D'autre part, il serait nécessaire d'arriver à une entente internationale sur les règles de conflit impliquant des conventions à privilégier, c'est à dire sur la manière de trancher les différentes hypothèses de conflit mettant en présence des conventions⁹³². Enfin, il faudrait surtout que ce mécanisme conventionnel reçoive une très large adhésion de la part des Etats afin que cet outil s'avère efficace pour assurer une unification des solutions applicables aux conflits concernant des conventions.

495. Cette solution de l'élaboration de règles de conflits spécifiques aux conventions internationales apparaît, pour ces raisons, difficile à mettre en œuvre.

Afin de restaurer l'objectif d'unification du droit privé qui a été recherché au travers de la négociation des conventions d'unification du droit substantiel, il peut paraître souhaitable d'élaborer dans un premier temps un « code des conventions internationales » comme l'a suggéré Monsieur Fulchiron⁹³³, qui contiendrait les différents textes conventionnels⁹³⁴. Cela permettrait une meilleure connaissance par les praticiens et les organisations internationales des textes conventionnels en vigueur. Le problème étant que cet outil, pour utile qu'il serait, ne permettrait pas de résoudre les incompatibilités entre normes conventionnelles.

La doctrine a mis en avant une autre solution afin de résoudre le conflit entre les Conventions internationales applicables au transport international de marchandises par mer, et au delà de cela, de permettre d'unifier cette matière : la rédaction d'une nouvelle Convention contenant du droit matériel.

B – Les propositions doctrinales pour l'élaboration d'une nouvelle Convention

496. La doctrine s'est préoccupée de l'unification du transport international de marchandises par mer en proposant une nouvelle Convention internationale (1) et en identifiant les différents obstacles qu'un tel instrument devrait éviter (2).

⁹³¹ Il faudrait que cet organisme ait suffisamment d'autorité pour dépasser la traditionnelle opposition entre les divers organismes internationaux « producteurs » de conventions internationales.

⁹³² Conventions de même valeur ou de valeur différente, recouvrant la même matière ou des matières différentes...

⁹³³ Hugues Fulchiron, *Les conventions internationales : présentation sommaire*, in *L'enfant et les conventions internationales*, (sous la direction de J. Rubellin-Devichi et R. Franck), Presse Universitaire de Lyon, 1996, p. 19 à 27.

⁹³⁴ Il faut souligner que, grâce à l'Internet, il est aisé de retrouver les textes des différentes conventions internationales (base Pacte de l'ONU, site du Ministère des affaires étrangères français ...).

1) Les Règles de Marseille

497. Le Professeur Bonassies⁹³⁵ faisant lui aussi le constat de la coexistence de plusieurs régimes de réglementation internationale du transport maritime, ayant pour résultat une incertitude sur le régime juridique à appliquer au transport international de marchandises par mer, souligne l'initiative du Comité Maritime International. Le CMI, dont l'article premier des statuts dispose qu'il doit « contribuer, par tous travaux et moyens appropriés, à l'unification du droit maritime sous tous ses aspects », devant l'impossibilité de prôner l'adhésion généralisée à la Convention de Bruxelles modifiée ou aux Règles de Hambourg, s'est penché sur l'opportunité d'établir un texte de transaction, un texte composite constituant un effort de transaction entre projets divergents.

Le Professeur réfléchit sur ce texte composite qu'il propose d'appeler « Règles de Marseille »⁹³⁶. Sans reprendre en détail les solutions proposées par le Professeur Bonassies⁹³⁷, on exposera juste les solutions qu'il propose sur deux points sensibles pour lesquels les autres Conventions internationales traitant du transport de marchandises par mer ont posé des difficultés. Il s'agit du champ d'application de ce projet de Convention et des dispositions portant sur la responsabilité du transporteur.

498. En ce qui concerne le champ d'application de cette nouvelle Convention, le Professeur Bonassies propose de suivre le domaine d'application des Règles de Hambourg qui, pour lui, ayant un domaine d'application plus large que celui de la Convention de Bruxelles, constitue un progrès.

499. S'agissant de la responsabilité du transporteur, le Professeur Bonassies propose de partir d'une responsabilité de plein droit du transporteur⁹³⁸. Puis, il propose l'identification d'un certain nombre de cas exceptés (innavigabilité ou vice caché du navire, l'incendie, les grèves ou lock-outs⁹³⁹, le vice propre de la marchandise, les fautes du chargeur, l'acte ou tentative de sauvetage de vies ou de biens de mer) en y incluant la faculté plus générale de

⁹³⁵ Pierre Bonassies, *Règles de La Haye, Règles de Hambourg, Règles de Marseille ; Réflexions sur un projet de nouvelle Convention internationale sur le transport maritime de marchandises*, annales 1989 de l'IMTM, p. 105-119.

⁹³⁶ En hommage à l'Institut Méditerranéen des Transports Maritimes.

⁹³⁷ Sur la définition du domaine d'application des nouvelles règles, les problèmes du connaissance, le problème des obligations du transporteur, celui enfin de la réglementation des modalités de l'action en responsabilité...

⁹³⁸ Pour lui, en effet, autant les Règles de Hambourg que la Convention de Bruxelles établissent une responsabilité de plein droit, même si la Convention de Bruxelles prévoit par la suite un système de cas exceptés alors que les Règles de Hambourg permettent au transporteur de s'exonérer s'il rapporte la preuve de sa diligence.

⁹³⁹ « Décision par laquelle un employeur interdit aux salariés l'accès de l'entreprise à l'occasion d'un conflit collectif du travail ». *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, op. cit.

s'exonérer « de toute autre cause ne provenant pas du fait ou de la faute du transporteur ou du fait ou de la faute de ses mandataires ou préposés ».

500. Le Professeur Bonassies se félicite de la volonté du CMI de prendre l'initiative d'un nouvel effort d'unification des règles du transport maritime de marchandises. Pour lui « dans un monde où s'effacent de plus en plus les frontières économiques, les frontières juridiques elles-mêmes doivent disparaître ; et notamment celles qui résultent indirectement d'une diversité des législations ».

Ce mouvement d'unification que le Professeur Bonassies appelle de ses vœux en 1989 ne s'est pas concrétisé.

501. La doctrine maritimiste, et notamment Monsieur Griggs, ancien Président du Comité Maritime International⁹⁴⁰ (CMI)⁹⁴¹, a alors tenté d'identifier les différents obstacles que devrait affronter un instrument d'unification du droit en matière de transport international de marchandises par mer. Cette démarche constituant un travail préalable fort utile à une démarche unificatrice.

2) L'identification par Monsieur Griggs des obstacles qu'une nouvelle convention devra affronter

502. Monsieur Griggs a listé treize obstacles à l'uniformité du droit maritime.

Ces différents points sont autant des obstacles généraux rencontrés par le choix de la méthode conventionnelle, ou des obstacles rencontrés spécifiquement par les Conventions internationales en matière de droit maritime. Monsieur Griggs a ensuite émis des souhaits ou propositions afin d'arriver à une uniformité du droit maritime.

503. Tout d'abord, pour qu'une Convention rencontre le succès⁹⁴², il faut qu'elle corresponde à un besoin réel. A cet égard, Monsieur Griggs reprend la distinction faite par Mr Justice Hobhouse⁹⁴³ entre les Conventions « réglementaires par nature »⁹⁴⁴, par exemple celles imposant des normes de sécurité pour les navires en construction, et les Conventions appelant une « uniformisation souple »⁹⁴⁵. Ces dernières seraient celles portant sur le droit international privé, et donc sur le droit du commerce international (qui est du droit international privé),

⁹⁴⁰ Depuis 2004 le président du Comité Maritime International est Jean-Serge Rohart.

⁹⁴¹ Patrick J.S. Griggs, *Obstacles to uniformity of maritime law*, CMI yearbook 2002, p. 158-173, spé. p. 164-173.

⁹⁴² Qu'elle soit largement ratifiée ou adoptée et uniformément appliquée.

⁹⁴³ Mr Justice Hobhouse, L.Q. Rev. Col. 106 p. 530-535.

⁹⁴⁴ Traduction de (« regulatory »).

⁹⁴⁵ (« That seek... stark uniformity »).

domaine où intervient la communauté des marchands. Pour que ces Conventions soient largement acceptées, il faut que leur adoption soit justifiée par un besoin ressenti par cette communauté des utilisateurs. Les Conventions en matière de transport maritime de marchandises font clairement parties de cette seconde catégorie et il y a un besoin de l'ensemble des commerçants-usagers d'avoir des règles uniformes et acceptées largement.

504. Des raisons politiques peuvent ensuite faire obstacle à la réussite d'une convention. Monsieur Griggs distingue ainsi deux sortes de conventions : celles auxquelles des Etats sont attachés⁹⁴⁶ et celles qui ne connaîtront pas de succès du fait du peu d'Etats intéressés par leur ratification. Les Règles de Hambourg font partie de cette seconde catégorie, non parce que peu d'Etats sont attachés à sa ratification mais parce que cette Convention est impopulaire pour une grande partie de la communauté maritime, et en particulier pour les pays développés. Ceux-ci ne l'ayant pas ratifié, cette Convention ne connaît qu'un demi-succès.

Monsieur Griggs met en exergue un autre obstacle à l'uniformité du droit maritime qui est la « divergence d'attente » des différents pays. Il prend l'exemple du transport maritime de passagers et des limitations de responsabilité. Comme il le démontre, les pays développés ont souhaité un plafond de limitation de responsabilité assez élevé afin de permettre une bonne indemnisation des victimes. Les pays « moins développés » souhaitaient une limitation plus basse afin de ne pas soumettre leurs armateurs et assureurs à une charge financière trop lourde. Cet élément peut paraître choquant en ce qu'il laisse penser que la vie humaine ou l'indemnisation des dommages corporels ou moraux d'une victime peuvent avoir une valeur différente selon le niveau de développement du pays. Il faut cependant admettre par pragmatisme que tel est le cas. En matière de commerce international, de telles considérations peuvent se retrouver s'agissant de l'indemnisation d'un dommage matériel. Il est clair que la différence du niveau de vie et du niveau de développement peut avoir des conséquences sur le succès d'une Convention internationale. S'agissant du transport maritime de marchandises, cette opposition entre pays développés et pays moins développés se retrouve au travers de celle entre armateurs et chargeurs.

505. Le coût d'application peut constituer un autre obstacle à la réussite d'une convention : des Etats peuvent être peu motivés pour ratifier ou mettre en œuvre une convention qui va leur demander un effort financier (par exemple lorsqu'elle crée un appareil administratif de contrôle). Ce problème ne se pose pas en ce qui concerne les Conventions internationales sur le transport maritime de marchandises même s'il est indéniable que les Conventions

⁹⁴⁶ Et pour lesquelles ils essaieront d'obtenir une large ratification, c'est le cas des Conventions protégeant les Etats des conséquences d'un accident maritime.

internationales en la matière ont un coût pour les Etats contractants. Les Conventions ont un impact économique sur les chargeurs, armateurs, assureurs. Ainsi selon que les Etats regroupent plus telle ou telle catégorie, la Convention aura un impact sur l'économie des Etats et donc un coût. Il aurait été intéressant d'envisager une étude prospective de ce coût, malheureusement une telle étude n'existe pas à notre connaissance.

506. Monsieur Griggs rappelle que l'adoption d'une convention internationale n'est pas le seul outil pouvant être utilisé pour harmoniser les lois.

Au sujet de l'outil conventionnel lui-même, il souligne qu'au stade de l'élaboration, il peut y avoir des obstacles à la réussite d'une convention internationale. Plus un texte est long et complexe, moins il a de chances d'être largement adopté. On peut à cet égard regretter la longueur des Règles de Hambourg⁹⁴⁷.

507. De plus, Monsieur Griggs souligne un élément dont il a déjà été fait état : la lenteur du processus de création, d'adoption et d'application d'une Convention. Cette lenteur peut avoir, entre autres effets pervers, que les Etats ayant un réel besoin de l'instrument en question soient amenés à préférer prendre des mesures nationales en général unilatérales, ne pouvant pas attendre ce mode de résolution international. D'autre part, la durée entre le début de la rédaction de la Convention et son entrée en application peut être tellement longue que si l'instrument contient des limites financières, celles-ci peuvent être rapidement dépassées. En effet, les Règles de Hambourg ont été adoptées en 1978 mais ne sont entrées en application qu'en 1992, les données économiques mondiales ayant beaucoup changé pendant ce laps de temps. Malgré ces éléments, la durée du processus de création d'une Convention internationale se justifie souvent par le soin mis par les différents rédacteurs à son élaboration. Il semble donc que c'est à l'outil conventionnel lui-même de prévoir des mécanismes d'adaptation des différents montants ou limites financières qu'il contient. C'est par exemple le cas dans les Règles de Hambourg qui adoptent comme unité de compte le droit de tirage spécial qui est évalué par le Fonds monétaire international⁹⁴⁸. La Convention prévoit en outre une possibilité de réunir une conférence de révision de cette unité de compte ou de l'unité monétaire⁹⁴⁹.

508. Une convention internationale peut aussi être confrontée à des obstacles inhérents à la méthode conventionnelle. C'est le cas lorsque celle-ci prévoit un nombre minimum de ratification ou d'adoption avant de pouvoir entrer en application. En effet, son entrée en

⁹⁴⁷ 34 articles alors que la Convention de Bruxelles de 1924 qui a connu un plus large succès n'en comptait que 10.

⁹⁴⁸ Article 26.

⁹⁴⁹ Article 33.

vigueur pourra être très retardée si le nombre de ratifications exigé est élevé : les Règles de Hambourg prévoyaient leur entrée en vigueur « le premier jour du mois suivant l'expiration du délai d'un an à compter de la date du dépôt du vingtième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion »⁹⁵⁰. Les Règles de Hambourg du 30 mars 1978 entrèrent donc en vigueur le 1^{er} novembre 1992. D'un autre côté, ce nombre minimum de ratification avant qu'un instrument international n'entre en vigueur apparaît plutôt comme une garantie que cette Convention aura un minimum d'impact et de réalité.

509. Ensuite, de façon classique, Monsieur Griggs déplore le fait que les Etats ne dénoncent pas les anciennes conventions remplacées par de nouvelles.

510. Il rappelle également les problèmes posés par l'application et l'interprétation des conventions (notamment les problèmes de langue et de traduction qui ont été évoqués précédemment).

511. Il y a aussi des obstacles plus généraux à l'unification du droit maritime qui sont d'une part le manque de motivation et de disponibilité des gouvernements, juristes, associations d'utilisateurs pour réaliser celle-ci.

512. D'autre part, et c'est plus original, Monsieur Griggs encourage vivement les grands Etats maritimes⁹⁵¹ à donner l'exemple et à encourager les autres nations à ratifier et appliquer les différentes Conventions internationales. A cet égard, les Règles de Hambourg ont été signées par les Etats-Unis, la France et un certain nombre de pays européens qui se sont engagés à les ratifier ou à les adopter, celles-ci ne sont cependant pas entrées en application dans ces pays⁹⁵².

513. Pour finir, Monsieur Griggs dénonce ce qu'il appelle la « rédaction dans le vide »⁹⁵³ (« drafting in a void »), et appelle les différents organismes concernés à s'impliquer davantage dans l'élaboration des conventions⁹⁵⁴.

514. On peut tirer comme conclusion de ces différents obstacles énumérés que pour unifier un domaine du droit maritime, il faut bien sélectionner le projet, utiliser l'instrument approprié et se livrer à un soigneux travail de terrain avant le processus de rédaction en lui-même.

⁹⁵⁰ Article 30.

⁹⁵¹ Etats-Unis, Grande-Bretagne, France...

⁹⁵² Hormis pour les pays européens l'Autriche et pour les nouveaux pays intégrés la Hongrie et la République Tchèque.

⁹⁵³ Traduction de l'auteur.

⁹⁵⁴ Sont par exemple visées les différentes associations nationales permettant de connaître le droit actuel de chaque Etat concernant le domaine qui va être régi par la Convention.

Il a fallu attendre 1996 pour que la CNUDCI, après avoir constaté l'éclatement du droit positif, se penche sur l'étude d'un nouvel instrument sur le transport international de marchandises par mer.

Paragraphe 2 - Le projet de la CNUDCI sur un nouvel instrument régissant le transport international de marchandises par mer

515. C'est à l'occasion de sa 29^{ème} session en 1996 que la CNUDCI a étudié une proposition tendant à inscrire à son programme de travail un examen des pratiques et lois actuelles dans le domaine du transport international de marchandises par mer, dans l'objectif de réformer la matière. Consciente de la superposition antagoniste des Conventions internationales sur le transport maritime de marchandises, la CNUDCI a donné mandat au CMI (avec le concours d'organisations spécialisées telles que la Chambre internationale de la marine marchande⁹⁵⁵) pour établir un projet d'« instrument sur le transport maritime de marchandises ». Il sera étudié tant la genèse de ce texte (A) et son contenu (B), que sera apprécié le rôle qu'il pourra jouer en matière d'unification de la matière étudiée (C).

A - La genèse du projet de Convention de la CNUDCI

516. Le CMI a repris en charge une nouvelle fois l'épineux dossier de l'élaboration d'un instrument conventionnel portant droit uniforme ayant pour objectif de permettre l'unification de la législation applicable au transport international de marchandises par mer. Cet organisme, après avoir organisé deux importantes réunions à New York et Singapour, a remis à la CNUDCI un premier projet. Pour établir ce projet, le CMI a travaillé étroitement avec les associations nationales de droit maritime et plus particulièrement seize associations nationales qui ont répondu à un questionnaire élaboré par le CMI sur les principaux points de discordance en matière de transport maritime de marchandises.

Ce mode opératoire, donnant au CMI un rôle d'organe technique chargé de l'élaboration des projets de conventions internationales, n'est pas original. En effet, depuis sa nouvelle constitution de 1992, le CMI s'est engagé à établir des relations de travail étroites avec les autres organisations internationales, et ce particulièrement avec l'Organisation Maritime

⁹⁵⁵ Il s'agit de l'ICS dont le siège est à Londres. Pour plus d'informations, cf. www.marisec.org

Internationale⁹⁵⁶ qui a pris au Gouvernement Belge le rôle d'organisateur des conférences diplomatiques portant sur le droit maritime. Depuis sa précédente constitution de 1972, l'objet du CMI est de façon plus particulière l'unification des lois maritimes et commerciales, des coutumes maritimes, usages et pratiques⁹⁵⁷. A ce titre, le CMI a été amené très naturellement à travailler avec la CNUDCI, institution du système « onusien »⁹⁵⁸.

517. Le CMI a travaillé pendant trois ans et demi sur ce problème du transport maritime et a achevé son travail préparatoire par la remise au secrétariat de la CNUDCI, le 11 décembre 2001, d'un instrument sur le transport international⁹⁵⁹.

Cet instrument est ambitieux puisqu'il a pour objectif assigné de fournir des règles uniformes à des domaines qui ne sont pas sujet à une convention internationale. D'autre part, il ambitionne de créer un nouveau régime de responsabilité du transporteur qui tout en s'inspirant de la Convention de Bruxelles modifiée, formerait un régime permettant de dépasser celui mis en place par les différentes versions de la Convention de Bruxelles et par les Règles de Hambourg⁹⁶⁰. Il est ainsi possible d'observer que le CMI prend une orientation différente de celle préconisée par le Professeur Bonassies puisqu'il semble se référer davantage à la Convention de Bruxelles modifiée qu'aux Règles de Hambourg pour établir un nouveau régime de responsabilité du transporteur de marchandises.

518. La CNUDCI a porté une grande attention à ce texte et, après réflexion et quelques observations complémentaires, a décidé de saisir un de ses groupes de travail pour examiner ces dispositions. L'objectif était de proposer une nouvelle Convention internationale sur le transport international de marchandises par mer⁹⁶¹. Ce fut à l'occasion de la trente-quatrième session de la CNUDCI⁹⁶² que le Groupe de travail III (spécialisé en matière de droit du transport) s'est réuni⁹⁶³ pour la première fois à New York au siège des Nations unies entre le 15 et le 26 avril 2002 pour examiner ce projet. A ce Groupe de travail participent la plupart des Etats membres de la CNUDCI et un certain nombre d'Etats actifs dans le monde maritime

⁹⁵⁶ Créée en 1968.

⁹⁵⁷ Traduction de l'auteur : to be the unification of maritime « and commercial law, maritime customs, usages and practices », site Internet du CMI : <http://www.comitemaritime.org>.

⁹⁵⁸ Elles ont ainsi collaboré pour la rédaction de la Convention sur les privilèges et hypothèques maritimes de 1994.

⁹⁵⁹ Source : « CMI draft instrument on transport law », site internet du CMI précité.

⁹⁶⁰ « Set out a new regime of carrier's liability which, whilst retaining many of familiar features of the Hague-Visby regime, and hopefully much of the body of law based on this regime, is put forward in the hope that it may form the basis of a regime which could supersede the Hague-Visby and the Hamburg regimes », site Internet du CMI, *ibid*.

⁹⁶¹ Philippe Delebecque, *Le projet CNUDCI d'instrument sur le transport de marchandises par mer*, DMF 2003, p. 915-939, p. 916.

⁹⁶² Juin/juillet 2001.

⁹⁶³ Il s'agissait de sa neuvième session.

en qualité d'observateurs, ainsi que certaines organisations internationales⁹⁶⁴. Ce groupe s'est réuni en septembre 2002⁹⁶⁵, mars/ avril 2003⁹⁶⁶, octobre 2003⁹⁶⁷, mai 2004⁹⁶⁸, novembre/décembre 2004⁹⁶⁹, avril 2005⁹⁷⁰, octobre 2005⁹⁷¹, mai 2006⁹⁷². La seconde lecture du projet par le Groupe de travail fut achevée à l'issue de sa dix-huitième session en novembre 2006⁹⁷³. La troisième lecture fut achevée en janvier 2008. La CNUDCI devrait pouvoir adopter la Convention en 2008⁹⁷⁴.

519. Ce Groupe de travail a marqué sa volonté d'œuvrer en vue de la réunification du droit du transport maritime dans le cadre d'une véritable convention internationale et non de simples règles non contraignantes⁹⁷⁵.

Le projet de Convention de la CNUDCI qui vise à assurer la sécurité des opérations maritimes reprend l'ambition exprimée par le CMI et va même plus loin puisqu'il se propose de couvrir tous les aspects du contrat de transport maritime : « sa conclusion, qu'elle donne ou non lieu à l'émission d'un connaissance, son contenu, c'est-à-dire la détermination des droits et des obligations des parties et son exécution ou, plus exactement, son inexécution, à travers les questions de responsabilité en cas de perte, d'avarie ou encore de retard »⁹⁷⁶. Ce projet a l'ambition d'être équitable en ce qu'il veut réaliser un équilibre entre les intérêts des chargeurs et ceux des transporteurs. Il est aussi moderne car il tient notamment compte des exigences du commerce électronique et des progrès de l'informatique. Une autre orientation forte prise par ce projet a été de permettre le renforcement de la liberté contractuelle⁹⁷⁷. En effet, il est classique en matière de transport international de marchandises par mer que le

⁹⁶⁴ Au titre desquelles la CNUCED, le CMI et des organisations représentantes des armateurs, chargeurs, assureurs...

⁹⁶⁵ C'est au cours de cette 10^{ème} session de ce Groupe de travail que débute la première lecture du projet.

⁹⁶⁶ 11^{ème} session.

⁹⁶⁷ C'est au cours de la 12^{ème} session que débute la seconde lecture du projet.

⁹⁶⁸ 13^{ème} session.

⁹⁶⁹ 14^{ème} session.

⁹⁷⁰ 15^{ème} session.

⁹⁷¹ 16^{ème} session.

⁹⁷² 17^{ème} session.

⁹⁷³ La 18^{ème} session du Groupe de travail III eut lieu à Vienne du 6 au 17 novembre 2006.

⁹⁷⁴ La troisième lecture du texte a été faite par l'assemblée à New York les semaines des 16 et 27 avril 2007 et la réunion de l'assemblée à Vienne les semaines des 15 et 25 octobre 2007 ainsi qu'à Vienne les 14-25 janvier 2008. Le texte devrait être présenté par le Groupe de travail à la Commission lors de sa 40^{ème} session (New York 16 juin au 11 juillet 2008).

⁹⁷⁵ M. Sturley, *The United Nations Commission on International Trade Law's Transport Law project : an international view of a work in progress*, Texas International, Law Journal, vol. 39, 2003, 65 et s.

⁹⁷⁶ Philippe Delebecque, *Le projet CNUDCI d'instrument sur le transport de marchandises par mer*, op. cit. , p. 917.

⁹⁷⁷ La liberté contractuelle (qui doit être distinguée de l'autonomie de la volonté selon laquelle la volonté humaine constitue sa propre loi) est le principe général selon lequel les sujets de droit sont libres de conclure ou non un contrat et de déterminer leurs obligations réciproques. C'est le fait que tout ce qui n'est pas interdit est permis, la liberté contractuelle étant surtout la connaissance de ses limites : l'abus du droit, l'ordre public et les bonnes mœurs.

régime de responsabilité du transporteur soit un régime impératif⁹⁷⁸, celui-ci se justifiant par le souci de protéger les intérêts de la marchandise mais aussi, et surtout à l'époque, par la supériorité économique des transporteurs par rapport aux chargeurs qui avait conduit le législateur à établir, pour la partie la plus puissante, un régime impératif de responsabilité qu'elle ne peut ni écarter ni atténuer⁹⁷⁹. Le projet de la CNUDCI tient compte des évolutions sociales et économiques du transport maritime de marchandises et notamment de la position de force retrouvée des chargeurs et de la revalorisation du contrat en tant que technique d'organisation des rapports sociaux. Malgré tout, le projet de la CNUDCI prend la forme d'un texte impératif. Le transport maritime de marchandises reste largement réglementé même si les parties impliquées dans le transport pourraient voir leur marge de manœuvre renforcée par les nombreuses hypothèses de conventions contraires réservées dans le projet⁹⁸⁰ ou par l'admission de clauses d'exonérations. Ces clauses de responsabilité et d'exonération sont considérées comme nulles en ce qui concerne le transporteur (l'article 82-1⁹⁸¹ prévoit que toute clause d'un contrat de transport est réputée non écrite si elle écarte ou limite directement ou indirectement les obligations du transporteur ou d'une partie exécutante maritime) en ce qui concerne le chargeur, celui-ci répond à l'égard du transporteur de tout manquement à ses obligations et doit donc réparer le préjudice qui en résulte⁹⁸², ces clauses sont d'ores et déjà admises s'agissant des contrats de volume⁹⁸³.

La question de la liberté contractuelle fait débat. Sa restauration semble approuvée dans son principe, la question de savoir s'il faudrait prévoir des obligations essentielles auxquelles les parties ne pourraient déroger semble réglée. S'agissant du transporteur, il a ainsi classiquement l'obligation d'assurer la navigabilité de son navire (article 15), d'assurer de façon appropriée et soigneuse la réception, le chargement, la manutention, l'arrimage, le transport, la garde, le soin, le déchargement et la livraison de ma marchandise (article 14-1) ou l'impossibilité de compter sur des exclusions particulières de responsabilité en cas de faute

⁹⁷⁸ Le transporteur ne peut en principe, s'exonérer ou limiter sa responsabilité pour une perte totale, partielle ou une avarie subie par la marchandise : ce principe est admis depuis le Harter Act américain et a été repris par les différentes Conventions internationales.

⁹⁷⁹ Jean Calais-Auloy, *Le transporteur maritime de marchandises a-t-il les moyens d'échapper au régime impératif de responsabilité*, DMF 1969, p. 259-271, p. 269.

⁹⁸⁰ Philippe Delebecque, *Le projet CNUDCI d'instrument sur le transport de marchandises par mer*, op. cit. , p. 918.

⁹⁸¹ Les chapitres et articles du projet de Convention sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer qui seront cités sont issus de la version modifiée du texte qui sera présentée à New York du 14 au 25 janvier 2008 lors de la 21^{ème} session du Groupe de travail III de la CNUDCI. www.uncitral.org , le texte étant consultable sous la référence : A/CN.9/WG.III/WP.101.

⁹⁸² Philippe Delebecque, *Le projet de CNUDCI sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer : derniers pas avant une adoption ?*, DMF 2007 n° 685, p. 777.

⁹⁸³ Article 83 du projet, cf. infra n° 925.

intentionnelle ou de faute inexcusable. S'agissant du chargeur celui-ci doit fournir les informations et instructions requises pour la manutention et le chargement approprié des marchandises (article 29), il est responsable de la perte ou du dommage subi par le transporteur si celui-ci prouve qu'elle est due à un manquement de la part du chargeur aux obligations qui lui incombent (article 31). Après avoir vu la genèse du projet et ses caractères généraux, il faut étudier plus avant ses dispositions.

B - Le contenu de ce projet de Convention de la CNUDCI

520. Le projet de Convention de la CNUDCI modifie sur plusieurs points l'ordonnancement existant⁹⁸⁴.

1) Le champ d'application

521. En ce qui concerne d'abord le champ d'application du projet d'instrument, le texte vise les contrats de transport. Il semblerait ainsi qu'il exclut l'affrètement, hormis les hypothèses des rapports entre le transporteur et le tiers porteur des documents et enregistrements négociables émis en exécution d'une charte-partie. Cependant, afin de tenir compte d'une critique faite depuis longtemps par la doctrine⁹⁸⁵ sur la difficulté de distinguer les contrats de transport et ceux d'affrètement au voyage⁹⁸⁶, les rédacteurs avaient suivi dans un premier temps les propositions relayées par le Professeur Delebecque pour que le texte n'écarte pas de son champ d'application les contrats négociés, cela vise donc les chartes-parties. Pourtant le texte du chapitre 2, sur les contrats entrant dans le champ d'application de la Convention a été re-discuté et il est à présent envisagé que : «

1) La présente Convention ne s'applique pas aux contrats de transports ci-après dans le transport de ligne régulière :

a) Les chartes parties et

b) les autres contrats d'utilisation d'un navire de tout ou partie d'un navire ;

⁹⁸⁴ Pour une étude de l'ordonnancement complet du projet de texte, se référer à l'article très complet de Philippe Delebecque, *ibid.*

⁹⁸⁵ Jean Calais-Auloy, *Le transporteur maritime de marchandises a-t-il les moyens d'échapper au régime impératif de responsabilité*, op. cit. , p. 262.

⁹⁸⁶ Dans le premier, l'armateur s'engage à acheminer une marchandise déterminée d'un port à un autre, alors que dans le second contrat, le fréteur met, en tout ou partie, un navire à la disposition de l'affréteur en vue d'accomplir un ou plusieurs voyages : définitions tirées des articles 5 et 15 de la loi de 1966.

2) La présente Convention ne s'applique pas aux contrats de transport dans le transport autre que de ligne régulière sauf lorsque :

- a) Aucune charte-partie ou aucun contrat d'utilisation d'un navire ou de tout espace sur ce navire n'a été conclu entre les parties, et
- b) le contrat de transport est constaté par un document de transport ou un document électronique de transport qui constate également la réception des marchandises par le transporteur ou par une partie exécutante » (article 6 du projet de Convention)⁹⁸⁷.

522. Le projet d'instrument s'applique aux opérations internationales et prévoit les hypothèses dans lesquelles il a vocation à s'appliquer. Celles-ci reprennent les hypothèses déjà présentes dans les Règles de Hambourg du port de chargement, de déchargement en prenant bien soin de préciser « si au terme du contrat de transport, l'un quelconque des lieux ci-après se trouve dans un Etat contractant ». Il faut noter qu'il ne retient plus l'hypothèse selon laquelle le connaissement ou tout autre document faisant preuve du contrat de transport était émis dans un Etat contractant. Il élargit par contre l'hypothèse du port de chargement par l'alternative dans laquelle le lieu de réception se situe dans un Etat contractant et celle du port de déchargement par le lieu de livraison (article 5). Il est aussi important de remarquer que le projet de Convention ne prévoit plus son application par le biais des clauses Paramount. Il en résulte que, si aux termes du contrat de transport le lieu de réception ou de livraison ou le port de chargement ou de déchargement ne sont pas situés dans un Etat contractant, les parties ne pourront prévoir l'application de la Convention. Cependant les parties peuvent librement choisir ces lieux et donc déclencher l'application de la Convention. Ce choix de ne plus reprendre l'hypothèse des clauses Paramount a été motivé par la crainte de voir « ressurgir les divergences d'interprétation auxquelles avaient donné lieu les Règles de La Haye-Visby, en particulier à propos de savoir si la disposition était censée énoncer une règle sur le choix de la loi ou si elle visait simplement l'incorporation matérielle des dispositions du projet de Convention par les parties au contrat de transport »⁹⁸⁸.

523. Ce projet de Convention participe au mouvement voulant rapprocher la législation applicable aux transports internationaux de marchandises par mer des législations applicables aux autres modes de transports internationaux de marchandises (routier, fluvial, ferroviaire),

⁹⁸⁷ Philippe Delebecque, *Le projet de Convention sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer*, DMF 2006 n° 657, p. 696.

⁹⁸⁸ Le rapport du groupe de travail III de la CNUDCI sur les travaux de sa 17^{ème} session (New York, 3-13 avril 2006) énumère les raisons pour lesquelles le champ d'application du projet ne tient plus compte des clauses Paramount. Il y avait entre autres, le risque que la partie exécutante maritime soit assujettie au projet de Convention même si elle avait accompli ses fonctions durant un transport entre des Etats non contractant ; le fait aussi que la loi donnant effet au projet de Convention pourrait différer des dispositions du projet de Convention et créer ainsi des conflits supplémentaires. www.unctad.org, A/CN.9/954 (p. 34 et 35).

son caractère « multimodal » est d'ailleurs une originalité par rapport aux Conventions existantes. Ce projet ne vise pas seulement la phase maritime du contrat mais a vocation à s'appliquer au pré-acheminement ou au post-acheminement, même si celui-ci n'est pas maritime (article 1-1 du projet portant définition du contrat de transport « le contrat prévoit le transport par mer et peut prévoir, en outre, le transport par d'autres modes »). Il est nécessaire toutefois qu'il y ait un segment maritime dans le transport. Le projet vise les opérations « multimodales trans-maritimes ». Ce texte prend en considération le fait que, le plus souvent, les contrats de transport par mer incluent un transport terrestre, routier, fluvial ou ferroviaire⁹⁸⁹. Cependant, afin de ne pas créer des cas de conflits avec les Conventions internationales régissant ces transports, l'article 27⁹⁹⁰ prévoit que lorsque la perte, le dommage subi par les marchandises ou un événement ou des circonstances causant un retard dans leur livraison se produisent avant le chargement des marchandises ou après leur déchargement du navire, les dispositions obligatoires des autres Conventions applicables⁹⁹¹ l'emportent sur celles du projet⁹⁹². Ce projet privilégie ainsi la mise en œuvre du système de réseau, ceci d'autant plus qu'il favorise la souplesse puisqu'aucune disposition du texte n'interdit à un Etat contractant d'appliquer un autre instrument international régissant impérativement des contrats de transports portant essentiellement sur un mode de transport autre que le transport par mer. Ce projet est réaliste sur ce point, puisqu'il prend en compte le caractère « multimodal » des transports internationaux de marchandises par mer. Il apparaît aussi moderne, car il se rapproche des autres Conventions internationales applicables aux autres modes de transport, tout en permettant d'assurer une cohérence entre ces textes.

2) Les parties au transport

524. S'agissant des parties au transport, le projet de Convention a voulu envisager la situation de tous ceux qui participent à l'opération de transport : on trouve envisagée l'existence d'une « partie contrôlante »⁹⁹³ et d'une « partie exécutante » maritime ou non⁹⁹⁴ qui sans être liée au chargeur sera soumise au même régime que le transporteur contractuel.

⁹⁸⁹ Philippe Delebecque, *Le projet CNUDCI d'instrument sur le transport de marchandises par mer*, op. cit. , p. 937.

⁹⁹⁰ « Carriage preceding or subsequent to sea carriage ».

⁹⁹¹ Principalement les Conventions RU-CMI et CMR.

⁹⁹² C'est le cas uniquement dans la mesure où elles contiennent des précisions spécifiques portant sur la responsabilité du transporteur, la limitation de la responsabilité et le délai pour agir.

⁹⁹³ La partie contrôlante est « la personne qui, en vertu de l'article 54, est autorisée à exercer un droit de contrôle ».

⁹⁹⁴ La partie exécutante est « une personne autre que le transporteur qui s'acquitte ou s'engage à s'acquitter de

Cette partie exécutante maritime est définie par le projet : « le terme « partie exécutante maritime » désigne une partie exécutante dans la mesure où elle s'acquitte, ou s'engage à s'acquitter de l'une quelconque des obligations du transporteur pendant la période comprise entre l'arrivée des marchandises au port de chargement d'un navire et leur départ du port de déchargement d'un navire »⁹⁹⁵. Cette définition est assez floue car on vise de façon très large « un sous-traitant appelé à accomplir une prestation de transport ou même une prestation accessoire de manutention ou de dépôt »⁹⁹⁶, prestation d'ailleurs qu'il peut sous-traiter lui-même. La personne exécutante est de ce fait celle à qui le transporteur juridique⁹⁹⁷ sous-traite le déplacement physique. La partie exécutante n'est cependant pas liée au chargeur⁹⁹⁸.

Le contrat d'exécution se distingue bien du contrat de transport en ce que le premier concerne la marchandise et le second la disposition d'un moyen de transport. Le projet présente l'avantage de tenir compte de l'existence de la partie exécutante qui, même si elle n'est pas directement liée au chargeur, sera soumise au même régime que le transporteur contractuel. L'avantage est aisément perceptible en France : absence de limitation de responsabilité, prescription de droit commun...

525. Pour le Professeur Tassel⁹⁹⁹, le projet revient à une « osmose » entre ces deux contrats. Il s'agit ainsi selon lui d'une « erreur du projet et d'une absolue contradiction ». En effet, il faut distinguer de façon très nette ces deux contrats puisque dans le contrat de transport, le transporteur s'oblige vis-à-vis de ceux qui ont un droit à la marchandise à principalement livrer à destination et répondre du dommage survenu ; alors que dans le contrat d'exécution, la partie exécutante ne s'acquitte pas d'une obligation de transporteur puisqu'elle s'oblige uniquement envers le transporteur à mettre à disposition de celui-ci un navire.

526. Le projet de Convention permet à la partie exécutante d'émettre le connaissance. C'est ce qui résulte de l'article 1-15 du projet¹⁰⁰⁰. Ici encore, la confusion critiquée par le Professeur Tassel¹⁰⁰¹ est renforcée puisque le connaissance, qui a une valeur représentative, donne droit à la marchandise. Le problème c'est que, comme il a été exposé, l'engagement de

l'une quelconque des obligations de ce dernier découlant d'un contrat de transport en ce qui concerne la réception, le chargement, la manutention, l'arrimage, le transport, le soin, le déchargement ou la livraison des marchandises... » (article 1-6).

⁹⁹⁵ Article 1-7.

⁹⁹⁶ Philippe Delebecque, *Le projet CNUDCI d'instrument sur le transport de marchandises par mer*, p. 923 et 924.

⁹⁹⁷ Le transporteur juridique est celui qui s'engage dans les termes du contrat de transport

⁹⁹⁸ Il y a le contrat de transport entre un chargeur et un transporteur et le contrat d'exécution liant le transporteur à la partie exécutante.

⁹⁹⁹ Yves Tassel, *Projet CNUDCI : une double critique de fond*, DMF 2004, p. 3-9.

¹⁰⁰⁰ « Le terme « document de transport » désigne un document émis en vertu d'un contrat de transport par le transporteur ou une partie exécutante... » article 1-15 du projet d'instrument CNUDCI.

¹⁰⁰¹ Yves Tassel, *ibid.*, p. 8 et 9.

la partie exécutante ne porte pas sur la marchandise. Le projet ne distingue pas de façon bien nette ces deux contrats et les conséquences qu'ils produisent.

Le Professeur Tassel propose alors de bien distinguer l'approche juridique et physique du contrat de transport et de s'en tenir à celle juridique.

527. Ce projet présente cependant le mérite de tenir compte de l'existence de cet intervenant en matière de transport maritime, puisque, hormis dans les Règles de Hambourg, aucune autre convention maritime internationale n'en tenait compte¹⁰⁰². Il serait juste souhaitable que le projet précise davantage cette définition de partie exécutante et surtout qu'il distingue de façon beaucoup plus claire le contrat de transport du contrat d'exécution. Il semble qu'une avancée en ce sens ait été effectuée grâce à la distinction entre la partie exécutante en général et la partie exécutante maritime. « La première est considérée comme un sous-traitant dont le transporteur est responsable¹⁰⁰³. La seconde assume les mêmes obligations et responsabilités que le transporteur telles qu'elles sont définies par le texte¹⁰⁰⁴ et peut donc faire l'objet d'une action, au besoin solidairement, dans les conditions prévues par le texte »¹⁰⁰⁵.

3) Les opérations comprises dans le champ d'application du texte

528. En ce qui concerne maintenant les opérations incluses dans le champ d'application du projet de Convention¹⁰⁰⁶, celui-ci est novateur sur ce point. Il ne s'agit plus, comme dans la Convention de Bruxelles, du chargement de la marchandise jusqu'à son déchargement¹⁰⁰⁷. Le transporteur est responsable depuis le moment où il reçoit les marchandises en vue de leur transport jusqu'au moment où elles sont livrées (article 12 du Projet). Ce qui est original c'est que le texte précise que le moment et le lieu de réception des marchandises et celui de livraison s'entendent conformément aux prévisions contractuelles ou, à défaut, conformément aux « coutumes, pratiques et usages du commerce »¹⁰⁰⁸ (article 45-1 du projet). Les parties ont ainsi la possibilité d'étendre ou au contraire de restreindre l'étendue du texte, celui-ci pourrait de cette façon régir le pré ou le post-acheminement.

¹⁰⁰² Excepté la Convention de Guadalajara qui concerne surtout le transport de passagers.

¹⁰⁰³ Article 18 du projet.

¹⁰⁰⁴ Article 19 du projet.

¹⁰⁰⁵ Philippe Delebecque, *Le projet de Convention sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer*, DMF 2006 n°673, p. 693.

¹⁰⁰⁶ Chapitre 2 du projet.

¹⁰⁰⁷ Article 1-e de la Convention de Bruxelles.

¹⁰⁰⁸ L'article 45-1 se réfère aussi aux circonstances du transport.

529. Se trouve ici confirmée la volonté de donner une place plus importante à la liberté contractuelle dans le nouveau projet puisque les parties peuvent choisir d'étendre ou non le champ d'application de la Convention.

4) La responsabilité du transporteur

530. En ce qui concerne à présent l'épineux problème de la responsabilité du transporteur, qui constitue généralement le point de crispation des différents acteurs du transport maritime de marchandises, les dispositions du projet¹⁰⁰⁹ sont, de façon classique, impératives. Comme le souligne le Professeur Delebecque, le projet de Convention condamne toutes « les clauses aménageant la responsabilité du transporteur, quelle qu'elle soit, fondée sur la perte, l'avarie ou le retard, mais aussi sur une autre inexécution contractuelle »¹⁰¹⁰. Il est d'ailleurs assez surprenant que ce problème fasse partie des questions considérées comme étant réglées par Monsieur Beare, le représentant du CMI au sein du groupe de travail officiel, alors que la question des obligations du chargeur soulève, en revanche, toujours des controverses.

Le transporteur est soumis à une obligation de résultat puisqu'il est responsable en cas de perte ou de dommage subi par les marchandises ainsi que du retard à la livraison. Il appartient néanmoins à la victime demanderesse de prouver (ayant droit dans le projet), soit le dommage, soit que l'événement ayant causé le dommage ou contribué à sa réalisation est né durant la période pendant laquelle la responsabilité du transporteur peut être engagée (article 18-1 du projet).

Cette obligation de résultat est atténuée par la possibilité qu'a le transporteur de se libérer de sa responsabilité s'il prouve que lui-même ou les personnes dont il répond n'ont commis aucune faute dans la réalisation des dommages (article 18-2 du projet).

Le projet de Convention contient en plus une liste de cas exceptés dans lesquels le transporteur est présumé n'avoir commis aucune faute (article 18-3 du Projet). Il est notable à cet égard de constater la disparition du cas excepté de la faute nautique qui ne se justifiait plus, eu égard aux progrès technologiques¹⁰¹¹ (l'incendie n'est plus non plus retenu sauf s'il se déclare à bord). Le cas excepté de la grève et du lock-out, que l'on retrouve dans le projet,

¹⁰⁰⁹ Il s'agit principalement du chapitre 5 du projet portant sur les obligations du transporteur.

¹⁰¹⁰ Philippe Delebecque, *Le projet CNUDCI d'instrument sur le transport de marchandises par mer*, op. cit. p. 932 et 933.

¹⁰¹¹ Avec le développement des télécommunications, il n'est plus possible de considérer que le capitaine échappe à tout contrôle de l'armateur. Celle-ci est de toute façon condamnée tant par la jurisprudence que par la doctrine ; Nicolas Molfessis, *Requiem pour la faute nautique*, in *Mélanges Bonassies*, éd. Moreux, 2001, p. 207 et s.

aurait pu suivre le même sort. Les évolutions actuelles semblent plaider pour sa suppression (article 18-3 e du projet).

Un transporteur qui parviendra à rapporter la preuve d'un des quinze cas exceptés pourra quand même voir sa responsabilité retenue si la victime prouve qu'il a commis une faute ayant contribué à la réalisation du dommage ou encore s'il est prouvé que le dommage provient d'un événement non compris dans la liste des cas exceptés ou encore d'un événement non invoqué par le transporteur.

531. Ce système de responsabilité du transporteur maritime est inspiré du système établi par la Convention de Bruxelles (il y a un système de présomption de responsabilité qui laisse entendre que le transporteur reste responsable chaque fois que le dommage est inexpliqué). Il est cependant possible de regretter le caractère complexe de ces dispositions dans lesquelles le transporteur et la victime bénéficieront à tour de rôle de présomptions ou devront au contraire prouver une faute ou son absence. Ce système reprenant, dans leur majorité, la liste des cas exceptés posée par la Convention de Bruxelles présente l'avantage de garantir une prévisibilité des solutions puisque les juges qui auraient à appliquer ce projet de Convention pourraient se servir de la jurisprudence existante et ainsi voir s'il convient d'admettre largement ou non, tel ou tel cas excepté. Enfin, s'agissant de cette responsabilité, celle-ci est de façon classique une responsabilité limitée, le plafond de limitation ne semble pas encore définitif¹⁰¹², sachant, et c'est classique, que le transporteur ne pourra se retrancher derrière la limitation de responsabilité si sa faute intentionnelle ou encore inexcusable est prouvée.

Ce projet de Convention tire les enseignements des précédentes Conventions et constitue une avancée certaine de la législation sur de nombreux points. Il est aussi possible de constater que ce projet d'instrument « multimodal » vise à se rapprocher des législations applicables aux autres modes de transport¹⁰¹³ et que le transport maritime perd peu à peu son particularisme. Un exemple illustre particulièrement bien ce mouvement, celui de la responsabilité du transporteur maritime pour retard.

5) La responsabilité du transporteur pour retard

532. Le transport maritime est un mode de transport aléatoire, à un tel point que les tribunaux admettaient qu'« on ne peut exiger d'un navire soumis aux aléas de la navigation

¹⁰¹² L'article 62 du projet retient 835 unités de compte par colis ou autre unité de chargement, ou à 2,5 unité de compte par kilogramme de poids brut des marchandises objet du litige..

¹⁰¹³ Aérien, ferroviaire, terrestre.

qu'il ait la précision d'un transport ferroviaire ou routier »¹⁰¹⁴. Ce caractère aléatoire de la navigation explique que ni la loi française de 1966, ni la Convention de Bruxelles dans ses différentes versions n'ont envisagé, par des règles spéciales, la responsabilité du transporteur pour retard. Cette volonté des législateurs a pour conséquence que la loi de 1966, par le biais de son article 27, dispose que le transporteur est responsable des « pertes et dommages subis par les marchandises » ; elle peut s'appliquer aux dommages subis par la marchandise du fait d'un retard¹⁰¹⁵ mais ne s'applique pas aux préjudices purement économiques causés par le retard. La doctrine penche quasi-unaniment pour cette solution¹⁰¹⁶ et c'est celle adoptée par la jurisprudence¹⁰¹⁷. Les préjudices économiques seront eux régis par le droit commun de la responsabilité. Cet état de fait cause l'applicabilité d'un régime différent selon que le dommage subi a été causé par le retard ou des avaries aux marchandises ce qui est contestable¹⁰¹⁸.

533. La Convention de Bruxelles ne fait pas référence au retard¹⁰¹⁹. Cette carence est volontaire : il s'agissait de laisser les juges de chaque Etat partie libres d'interpréter les dispositions de la Convention pour y inclure ou non le retard¹⁰²⁰. Les termes de la Convention de Bruxelles étant suffisamment imprécis pour qu'ils puissent régir le retard, aussi bien lorsque ce dernier cause des avaries aux marchandises ou bien engendre un dommage économique. Les tribunaux français ont donc appliqué les dispositions de la Convention dans ses différentes versions au retard¹⁰²¹. La Convention de Bruxelles s'applique ainsi au retard du transporteur dans l'acheminement de la marchandise. Cette prise en compte ne forge pas de règles particulières pour le retard en matière de transport maritime¹⁰²². De cette application des règles du droit du transport maritime au retard il résulte que, la faute privative de toute limitation de responsabilité pour le transporteur, n'est pas la faute lourde du droit commun

¹⁰¹⁴ Tribunal de commerce de Paris, 19/01/1982, DMF 1982, 686.

¹⁰¹⁵ C'est principalement le cas des denrées périssables.

¹⁰¹⁶ Pierre Bonassies, DMF 1989, 163. et Martine Rémond-Gouilloud, *Droit maritime*, Pédone Paris, 1993, 2ème éd., n°600, p. 388.

¹⁰¹⁷ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 22/04/1982, DMF 1983, 482. Cour d'appel de Montpellier, 1/03/1976, Scapel 1976, 14.

¹⁰¹⁸ Jean-Baptiste Racine, *Le retard dans le transport maritime de marchandises*, RTD Com. 2003, n°2, p. 223-257, p. 232 et 232.

¹⁰¹⁹ La note du secrétariat de la CNUDCI relative à la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer, qui n'est pas un commentaire officiel de la Convention, établit que « les Règles de la Haye (Convention de Bruxelles de 1924) ne couvrent pas la responsabilité pour retard à la livraison ». Edison González Lapeyre, *Transport maritime et régime portuaire*, RCADI 2004, T. 308, p. 297.

¹⁰²⁰ Cf. les travaux préparatoires : CMI 1997. 360 et s.

¹⁰²¹ Cass. 29/05/1990, DMF 1990, 682.

¹⁰²² Certaines dispositions de la Convention ne peuvent ainsi lui être appliquées : c'est le cas des dommages apparents. Jean-Baptiste Racine, *Le retard dans le transport maritime de marchandises*, op. cit. , p. 235.

français¹⁰²³ mais la faute inexcusable du droit maritime. Celle-ci étant, dans la hiérarchie des fautes, plus grave puisque la conduite de l'agent fautif doit présenter un caractère téméraire¹⁰²⁴. Il est d'ailleurs possible de préciser à ce sujet que cette faute inexcusable du transporteur semble relativement difficile à rapporter dans la mesure où le plus souvent le transporteur est une personne morale.

534. Les Règles de Hambourg présentent l'avantage de prendre en compte le retard et elles contiennent de ce fait un plafond de responsabilité spécifique¹⁰²⁵. Il semble que cette première prise en compte dans un texte international concernant le transport maritime de marchandises ait été motivée par l'intention des rédacteurs d'amoindrir la spécificité du droit du transport maritime par rapport aux autres branches du droit des transports¹⁰²⁶. En effet, la doctrine insiste sur le fait que la navigation maritime a bénéficié de progrès techniques immenses et que, par conséquent, le caractère aléatoire de la navigation s'est atténué. « De nos jours, les routes maritimes sont parfaitement connues et éprouvées ; la navigation maritime, quoique parfois soumise à des aléas naturels, offre plus de sécurité et de stabilité. Il apparaît alors normal de faire peser sur le transporteur par mer une certaine obligation de célérité »¹⁰²⁷. Il est de plus, de l'essence du droit commercial, de permettre la rapidité. On mesure bien de nos jours l'importance du facteur temps dans les rapports économiques. Ainsi, l'indulgence du droit du transport maritime envers le retard ne se justifie plus.

535. Pourtant si le projet de Convention de la CNUDCI définit à l'article 22 le retard¹⁰²⁸ ; l'article 63 prévoit uniquement un système d'indemnisation pesant sur le transporteur en cas de retard dans la livraison de la marchandise quand ce retard a causé une perte ou des dommages à la marchandise¹⁰²⁹. Cette disposition n'est pas adoptée de façon définitive. Il semble qu'elle soit sujette à controverse à un tel point qu'une délégation a proposé, compte tenu des problèmes techniques posés, de supprimer toutes les dispositions sur le retard¹⁰³⁰.

¹⁰²³ Cf. Par exemple : Cass. Com. 09/07/2002 ou Cass. Com. 29/06/2005, BTL 2005, 487.

¹⁰²⁴ Philippe Delebecque, *La jurisprudence Chronopost : quelle portée pour le droit maritime ?*, DMF 2005, p. 675.

¹⁰²⁵ Il s'agit de l'article 6-1 b) des Règles de Hambourg qui limite la réparation à deux fois et demi le montant du fret payable pour la marchandise ayant subi un retard, dans la limite du montant total payable en vertu du contrat de transport.

¹⁰²⁶ Ces dispositions étant calquées sur celles de la CIM et de la CMR sur le transport terrestre. Michel Alter, *La Convention sur les transports de marchandises par mer (Règles de Hambourg)*, JDI 1979, 793, spéc., p. 809.

¹⁰²⁷ Alain Sériaux, *La faute du transporteur*, Préface de Pierre Bonassies, 2ème éd., Economica Paris 1998, n°19, p. 16.

¹⁰²⁸ « Il y a retard de livraison lorsque les marchandises ne sont pas livrées au lieu de destination prévu dans le contrat de transport dans le délai convenu ou » article 22 cité supra.

¹⁰²⁹ Les hypothèses de pertes ou de dommages subis par la marchandise sont couvertes par le chapitre 12 du projet de Convention.

¹⁰³⁰ Philippe Delebecque, *Le projet de Convention sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer*, op. cit., p. 698.

Reste encore à savoir si les simples retards à la livraison (n'ayant causés aucune perte ou aucun dommage).

Si le préjudice économique résultant d'un retard est retenu, le système de limitation de responsabilité envisagé pour ce préjudice apparaît plus cohérent que celui de la Convention de Bruxelles et celui des Règles de Hambourg. Les rédacteurs du projet CNUDCI ont pris conscience que l'application des plafonds de réparation définis par les Conventions n'était pas adaptée au préjudice économique lié au retard. En effet, les dommages liés au retard sont potentiellement très fréquents, mais ils ne sont généralement pas assurables¹⁰³¹. Il s'agit alors de ne pas faire peser une charge trop lourde sur les transporteurs maritimes. Le projet de Convention prévoit de calculer la réparation non pas par rapport à la marchandise transportée (difficulté d'évaluer sa valeur) mais par rapport au fret payé : « ...la responsabilité pour le préjudice économique résultant d'un retard est limitée à un montant équivalent à [une fois] le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard » (article 63). Il semble toutefois que cette référence ne soit pas définitive. Il est aussi proposé de tenir compte du poids des marchandises (cette référence n'apparaît pas réaliste compte tenu du caractère très hétérogène des marchandises transportées). Il apparaît ainsi que la référence au fret payé soit la plus efficace et la plus réaliste, un chargeur pourrait ainsi payer un coût de transport réduit en raison d'un risque de retard, en contre-partie son indemnisation en cas de retard serait elle aussi réduite.

L'article précisant, in fine, que cette somme et celle due en cas de perte ou dommage causé à la marchandise ne doivent pas dépasser celle fixée par le plafond de limitation de responsabilité¹⁰³² en cas de perte totale de la marchandise. La limitation n'est pas fixée dans le projet de Convention. Il apparaît seulement que celle fixée dans les Règles de Hambourg à deux fois et demi le montant du fret soit trop basse. Il semble alors qu'une limitation fixée à trois ou quatre fois le montant du fret serait souhaitable¹⁰³³. Le Professeur Delebecque regrette à cet égard l'absence de statistiques sur la valeur moyenne des marchandises transportées qui permettraient de discuter plus aisément des montants de responsabilité¹⁰³⁴.

6) La responsabilité du chargeur

¹⁰³¹ René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, Dalloz, 12ème éd. 1997, n°607, p. 561.

¹⁰³² Article 62 du projet de Convention.

¹⁰³³ Jean-Baptiste Racine, *Le retard dans le transport maritime de marchandises*, op. cit. , p. 257.

¹⁰³⁴ Philippe Delebecque, *Le projet de Convention sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer*, op. cit. p. 695.

536. En ce qui concerne à présent la responsabilité du chargeur, il a été proposé de renforcer son obligation de fournir des informations au transporteur. Ainsi l'article 28 du projet prévoit que « ...le transporteur et le chargeur répondent aux demandes qu'ils s'adressent pour se fournir les informations et instructions requises pour la manutention et le transport appropriés des marchandises, si ces informations sont en possession de la partie à laquelle elles sont demandées ou si ces instructions peuvent raisonnablement être fournies par la partie à laquelle elles sont demandées et si elles ne sont pas raisonnablement accessibles par d'autres moyens à la partie qui les demande ». Cette obligation a été précisée dans son contenu puisque « le chargeur fournit au transporteur en temps utile les informations, instructions et documents concernant les marchandises qui ne sont pas raisonnablement accessibles par d'autres moyens au transporteur et qui sont raisonnablement nécessaires... » (article 30 du projet). En revanche, la responsabilité du chargeur en général pose des difficultés (article 31). Si le principe de cette responsabilité ne pose plus de problèmes, il n'en est pas de même de son étendue. Il semble nécessaire d'instituer des plafonds de limitation de responsabilité. Pourtant les critères de limitation sont toujours très controversés : faut-il se référer au fret, à la valeur des marchandises, à leur poids ? La responsabilité du chargeur pour retard semble être exclue du projet¹⁰³⁵.

Il vient d'être fait état des grandes lignes du projet d'instrument élaboré par la CNUDCI sur le transport de marchandises par mer. Il faut à présent tenter d'apprécier le rôle qu'il peut jouer.

C) L'appréciation du caractère unificateur du projet de Convention de la CNUDCI

537. Ce projet de Convention est, pour reprendre une expression du Professeur Delebecque, ambitieux puisqu' « il traite de l'ensemble du contrat de transport... et s'inscrit dans la perspective d'une élaboration, sinon d'une première écriture, du droit du commerce international...(et ce) en faisant référence, à plusieurs reprises aux usages du commerce international, en s'appuyant aussi sur le contrat et n'écartant pas systématiquement le recours à la méthode des conflits de lois, le texte s'inspire utilement du précédent de Vienne »¹⁰³⁶.

Ce texte présente aussi un caractère novateur. Il est évident que la CNUDCI entend bien, par ce projet de Convention, unifier les transports internationaux de marchandises par mer et permettre le rapprochement avec les Conventions internationales applicables aux autres

¹⁰³⁵ Pierre Bonassies et Philippe Delebecque, *Le droit positif français en 2006*, DMF hors série n°11, 2007, p. 60.

¹⁰³⁶ Philippe Delebecque, *Le projet CNUDCI d'instrument sur le transport de marchandises par mer*, op. cit. p. 936 et 937.

modes de transports sans créer des conflits entre celles-ci. Ce texte est évidemment un texte de compromis, ce qui peut expliquer certaines imperfections, il a dû tenir compte « des intérêts et des opinions de près d'une cinquantaine d'Etats, dont la plus grande partie sont relativement nouveaux sur la scène internationale, tout en ayant un poids considérable (Chine, Etats du sud-est asiatique, Inde...) »¹⁰³⁷. L'élaboration même de cette Convention présente un caractère exemplaire du fait de la large participation de tous les intervenants intéressés par cette législation (Etats, représentants de professions ...). Ce texte a aussi donné lieu à une parfaite collaboration entre organisations internationales. Le CMI assurant un rôle de « sous-traitant »¹⁰³⁸ en se chargeant de travaux d'unification du droit matériel pour le compte d'une autre organisation la CNUDCI. Il n'y a pourtant aucun « conflit de paternité ». Il semble que ces organisations qui ont été en concurrence dans le passé ont intégré que « dans tout effort d'unification où deux institutions au moins sont impliquées, il est essentiel que les participants se rendent compte qu'un travail de coopération accompli avec succès tend à engendrer d'autres travaux, tandis qu'une bataille de compétences autour d'un même projet peut laisser les combattants les mains vides »¹⁰³⁹.

538. Pour louable que soit ce projet, il soulève pourtant quelques réserves.

D'abord ce texte n'est pour l'instant qu'à l'état de projet et il n'est pas encore validé par la CNUDCI comme étant une Convention soumise à la ratification ou à l'adoption des Etats. Le travail préparatoire n'est en effet pas achevé et il reste de nombreux points à préciser qui peuvent être autant de sources de conflits entre les délégations et retarder d'autant l'achèvement de l'outil conventionnel.

Ensuite, une fois que le projet de Convention aura été avalisé par la CNUDCI, celui-ci sera proposé à l'adoption ou à la ratification des Etats. C'est à ce moment que le succès ou non du texte se jouera. En effet, si ce texte ne reçoit pas une large adhésion de la part des Etats impliqués dans les transports maritimes de marchandises, cette Convention sera une « des conventions mort-nées, dont l'avenir est épuisé le jour même de leur accouchement aux forceps (on ne compte pas le nombre de ces conventions dont le nombre de ratification dérisoires leur interdit de jouer jamais un rôle significatif dans l'ordonnancement juridique

¹⁰³⁷ Philippe Delebecque, *Le projet CNUDCI sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer ; derniers pas avant une adoption*, DMF 2007, p. 778.

¹⁰³⁸ La CNUDCI a donné mandat au CMI de se charger d'élaborer un projet de Convention avec le concours d'organisations spécialisées telles que l'Union internationale des assurances transports, la Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés, la Chambre internationale de la marine marchande...

¹⁰³⁹ P. Contini, *Méthodes de coordination des activités des différents organisations internationales et les travaux d'équipe entre celles-ci* », Revue droit uniforme 1973, p. 57.

mondial) »¹⁰⁴⁰. Il semble que le Professeur Delebecque soit assez confiant à ce sujet puisque parlant du projet, il souligne que « le texte a reçu un large soutien et tous les délégués ont marqué leur volonté d'avancer dans la réunification du droit du transport maritime »¹⁰⁴¹. Il est de plus certain que la CNUDCI, aidée en cela par le CMI, mettra tout en œuvre au niveau politique pour que la Convention reçoive les ratifications ou adhésions les plus nombreuses possibles.

539. Il est cependant clair que ce texte, et notamment s'il retient le régime de responsabilité du transporteur exposé précédemment, pourra faire l'objet d'une certaine méfiance de la part des grands Etats maritimes qui pourraient être tentés d'attendre, pour le ratifier, les premières mises en application de cette Convention devant des tribunaux étrangers, afin de voir ce que celle-ci implique.

D'autre part, il est aussi à craindre que les Etats, pour qui le transport maritime de marchandises a une grande importance dans leur économie et qui sont pour la très grande majorité déjà partie à une ou plusieurs autres Conventions internationales, feront l'objet de pression de la part des chargeurs ou armateurs nationaux pour que ce texte soit adopté ou non suivant que les uns ou les autres considéreront qu'il est ou non plus protecteur de leurs intérêts. Or, ce sont justement ces Etats dont la ratification assurerait le succès de la Convention.

540. Considérons à présent l'hypothèse la plus favorable pour cette Convention : que celle-ci reçoive de nombreuses adhésions ou ratifications. Même dans cette hypothèse, ne seront pas pour autant réglés les problèmes de conflits avec d'autres conventions internationales puisque comme le précise le Professeur Delebecque : « il n'est pas question d'abroger ces Conventions »¹⁰⁴²...il est simplement, mais très exactement dit que, dans les rapports entre les Etats contractants, les dispositions du nouvel instrument l'emporteront sur celles d'un traité antérieur »¹⁰⁴³. Ce principe, classique en droit international public, se comprend car la nouvelle Convention ne pourrait pas porter atteinte aux droits d'Etats qui n'en seront pas partie. Il s'agit ici d'une reprise classique de la règle de droit international privé « *lex posterior derogat priori* » qui est une des règles de conflits de conventions proposée par Monsieur Majoros et qui trouve son fondement dans le paragraphe 3 de l'article 30 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Il faut toutefois préciser que

¹⁰⁴⁰ Antoine Vialard, *Sisyphé et l'uniformisation internationale du droit maritime*, op. cit. , p. 213 et 214.

¹⁰⁴¹ Philippe Delebecque, *ibid.* , p. 917.

¹⁰⁴² Le Professeur Delebecque parle ici des Conventions maritimes sans distinguer particulièrement celles portant sur le transport international de marchandises par mer.

¹⁰⁴³ Philippe Delebecque, *ibid.* , p. 938 et 939.

s'agissant de la Convention de Bruxelles dans une de ses différentes versions et des Règles de Hambourg, aucun conflit ne pourra intervenir avec le projet de Convention de la CNUDCI lorsque sont uniquement impliqués des Etats contractants car ceux-ci ont l'obligation de dénoncer ces Convention en adhérant à la nouvelle Convention (article 92 du projet CNUDCI).

Malgré tout, une telle disposition ne règle pas toutes les difficultés puisqu'elle ne s'applique qu'entre Etats contractants. On laisse subsister la Convention de Bruxelles dans ses différentes versions et les Règles de Hambourg. Cela signifie que si la nouvelle Convention entre en conflit avec plusieurs des anciennes Conventions et que les Etats impliqués dans le conflit ne sont pas tous partie à la nouvelle Convention, on aboutit à de nouveaux cas de conflits de lois. Cette Convention loin donc d'unifier le transport international de marchandises par mer risque de le désunifier un peu plus.

541. Enfin, pour que cette nouvelle Convention remplisse sa mission assignée de « réunification du droit du transport maritime », il faudrait encore que celle-ci soit claire et ne donne lieu à aucune difficulté d'interprétation.

En ce qui concerne la clarté, il est à ce sujet possible de regretter la longueur et la lourdeur du projet de Convention. Certains thèmes apparaissent trop « académiques » ou « techniques », la délégation italienne a donc proposé au groupe de travail de retirer les parties en question et de les réunir en un instrument qui pourrait être une loi modèle ou une loi-type¹⁰⁴⁴. Cette proposition est intéressante car elle permettrait de rendre la Convention plus simple et plus claire en ne retenant que les règles essentielles. Cette clarté et concision la rendrait plus attractive. Il y aurait en revanche à craindre que les dispositions remises dans la loi-type ou la loi modèle, ne soient pas largement suivies. Il en a été possible d'en voir un exemple avec la tentative d'adopter les Règles de La Haye qui furent un échec.

En ce qui concerne l'interprétation de la Convention, dans le sens exégétique d'abord¹⁰⁴⁵, il est à souhaiter que des traductions rigoureuses soient faites afin qu'il n'y ait aucune place au doute sur la volonté des rédacteurs. D'autre part, l'application des Conventions internationales étant nationale, cette Convention si elle veut assurer une unification du droit applicable aux transports internationaux de marchandises par mer, doit être d'une application facile pour les différents juges nationaux¹⁰⁴⁶ (issus de traditions juridiques souvent opposées) afin qu'il n'y

¹⁰⁴⁴ Philippe Delebecque, *Le projet de Convention sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer*, op. cit. , p. 673.

¹⁰⁴⁵ Le projet de texte est rédigé en anglais.

¹⁰⁴⁶ Il faudrait pour cela qu'elle contienne une définition rigoureuse de tous les termes et concepts utilisés. Elle pourrait s'aider pour cela des Incoterms, cf. infra n° 874 et s.

ait pas de divergences jurisprudentielles car cela pourrait conduire à des phénomènes de forum shopping. Il serait par conséquent souhaitable pour cette Convention qu'un organisme international comme Unidroit¹⁰⁴⁷ se charge de diffuser largement les différentes décisions de justice appliquant la nouvelle Convention afin de favoriser l'unité d'application.

542. Il est possible de mesurer, au vu de ces différentes conditions, toutes les difficultés que ce projet de Convention rencontrera pour unifier le droit du transport international de marchandises par mer.

Ce projet initié par la CNUDCI reste néanmoins très intéressant. L'ancien président du CMI Monsieur Griggs dit de ce projet qu'il est « the best and probably the last, chance of restoring international uniformity in this area »¹⁰⁴⁸.

Malheureusement, il n'est pas possible d'estimer à l'heure actuelle son apport à l'unification de cette matière.

¹⁰⁴⁷ Unidroit en dépit de son caractère privé est une organisation internationale voulue et financée par les Etats, les Etats membres lui reconnaissant une autorité. J. P. Beraudo, *Harmonisation du droit des contrats : une perspective européenne*, Revue de droit uniforme, 2003-1/2, p. 138.

¹⁰⁴⁸ Patrick J. S. Griggs, *Obstacles to uniformity of maritime law*, CMI yearbook 2002, p. 158-173, plus particulièrement p. 161.

Conclusion du Titre II :

543. Il a été constaté que l'existence d'un droit international uniforme, loin de simplifier la situation, engendrait de nouvelles difficultés : conflit de Conventions et interpénétration avec les droits internes.

Parmi ces conflits de Conventions, il faut opérer des distinctions : certains sont de (faux) conflits. Ainsi en est-il de l'hypothèse selon laquelle un Etat doit trancher un conflit entre une ou des Conventions qu'il a ratifiées et une ou des Conventions adoptées par des ordres juridiques différents. C'est le cas aussi lorsqu'un Etat est confronté à une divergence judiciaire d'interprétation d'une Convention qu'il a adoptée, entre sa version et celle d'autres Etats parties.

S'agissant des (vrais) conflits, il y a conflit à l'intérieur d'un même ordre juridique entre des conventions ou des versions différentes de conventions en vigueur dans celui-ci.

544. Les mécanismes internationaux (spécifiques à ces Conventions ou non) se révélant impuissants à régler tous ces conflits, le juge doit revenir aux solutions classiques du droit international privé : les règles de conflits. On a pu voir que ces règles de conflits étaient largement nationales et qu'elles ne permettaient pas une prévisibilité suffisante du droit applicable.

Pourtant, malgré les difficultés que pose la multiplicité de Conventions d'unification, il semble que cette méthode soit toujours celle favorisée par les Etats (projet d'instrument de la CNUDCI).

Conclusion de la Partie I :

545. A ce stade du raisonnement, il est possible d'affirmer que les outils conventionnels adoptés au niveau international ne permettent pas de garantir de façon satisfaisante la sécurité juridique des différents usagers. Cela s'explique par le fait que ceux-ci sont volontairement ou non incomplets. Le titre précédent a permis de démontrer que malgré l'adoption d'une réglementation internationale conventionnelle, certains transports internationaux de marchandises par mer n'étaient pas couverts par celle-ci et restaient soumis aux règles des conflits de lois qui sont, il faut le rappeler, nationales avec tout ce que cela comporte comme incertitudes quant au droit applicable au litige. En outre les Conventions internationales connaissent des difficultés liées à leur élaboration, ratification, vieillissement précoce ou leur mise en œuvre par les tribunaux. En effet, ces outils conventionnels peuvent entrer en conflit, soit entre eux, soit avec des dispositions d'origine nationale. Il semble que soit remise en cause l'idée selon laquelle la voie conventionnelle soit la voie idéale pour procéder à la réalisation de l'unification au niveau international du droit privé. Messieurs Bonassies et Scapel parlent d'un « désordre mondial » et constatent qu'en ce domaine s'est créée « petit à petit, une véritable mosaïque de textes instituant autant de régimes subtilement différents les uns des autres, et dont la combinaison pourrait bien, dans l'avenir, devenir presque inextricable si un consensus nouveau n'était pas réalisé. A court terme, l'avenir est porteur de conflit de conventions internationales, conflits plus difficiles encore à trancher que les conflits de lois »¹⁰⁴⁹. Le transport maritime de marchandises, cœur du commerce international, semble donc le révélateur d'une crise du système international de réglementation des rapports privés inter-étatiques. Y a-t-il d'autres voies ?

Les chargeurs ou transporteurs qui souhaitent contracter pour transporter ou faire transporter une marchandise sont confrontés à des législations nationales divergentes et à plusieurs outils internationaux ratifiés ou adoptés par des Etats différents ou parfois les mêmes et s'appliquant de façon impérative aux transports entrant dans leur champ d'application.

En outre, ces instruments conventionnels présentent des inconvénients du fait de leur rigidité. La difficulté de les faire évoluer les empêche de s'adapter aux exigences de la société dont ils régissent les rapports. L'uniformité acquise peut ainsi être mise en danger par la nécessité d'amender les accords en vigueur, au fur et à mesure de l'évolution technologique, sociologique, économique ou encore politique des transports maritimes de marchandises.

¹⁰⁴⁹ Pierre Bonassies et Christian Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ Paris, 2006, n° 898, p. 577 et 578.

546. De part la spécificité même des transports internationaux de marchandises, les parties contractantes peuvent être tentées de modifier les modalités de leur rapport¹⁰⁵⁰ afin de le rattacher à l'un ou l'autre des instruments internationaux. Cette pratique suscite d'ailleurs de la méfiance¹⁰⁵¹, car elle est encore perçue comme un moyen pour le transporteur, qui impose sa volonté face à la faiblesse des chargeurs, de s'exonérer de façon partielle ou totale de sa responsabilité.

Une telle vision du monde maritime et des rapports de force entre chargeurs et armateurs semble un peu désuète et il est possible de se demander s'il n'est pas souhaitable que les parties puissent librement négocier leur contrat, et convenir du régime qui s'appliquera à leur transport. Il ne s'agit pas d'accorder une liberté totale aux parties, l'impératif de protection de la marchandise étant toujours pertinent, mais de leur permettre d'opter pour le régime impératif de leur choix (ces différents régimes ayant en commun d'interdire au transporteur de s'exonérer de façon totale ou partielle de sa responsabilité).

Le droit international privé favorise, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, la désignation contractuelle de la loi compétente à condition que le contrat ait un rapport avec le pays dont la loi est choisie.

547. Les usagers du transport international de marchandises par mer, confrontés à la multitude de législations nationales, internationales, souvent concurrentes, ayant vocation à s'appliquer à leur transport¹⁰⁵², n'essaient-ils pas d'établir avec certitude quelles dispositions régiront leur rapport ? Pour ce faire, il semble que plusieurs solutions s'offrent à eux.

Les rédacteurs des Conventions internationales applicables au transport de marchandises par mer et la plupart des législateurs nationaux, respectueux de ce principe, ont prévu la possibilité pour les opérateurs d'opter pour leur législation par le biais de clauses Paramount¹⁰⁵³. Cette possibilité, offerte aux acteurs du transport maritime international de marchandises, ne joue bien sûr que si l'Etat saisi de leur litige est celui dont la loi permettrait ce choix de la législation applicable au contrat ou si ce même Etat n'était pas partie à une autre Convention internationale applicable au cas d'espèce que celle pour laquelle les parties avaient opté.

548. Les parties peuvent aussi avoir recours à l'arbitrage qui va leur permettre une grande

¹⁰⁵⁰ Lieu de chargement, de déchargement, lieu d'émission du connaissement...

¹⁰⁵¹ Jean Calais-Auloy, *Le transporteur maritime de marchandises a-t-il les moyens d'échapper au régime impératif de responsabilité ?*, op. cit., p. 260.

¹⁰⁵² Dans un tel rapport, le transporteur, le chargeur ou le destinataire peuvent avoir des nationalités différentes et le connaissement peut avoir été émis ou le transport avoir lieu au départ ou à destination d'autres pays encore, la plupart des grands Etats maritimes ayant opté pour une ou plusieurs Conventions internationales.

¹⁰⁵³ Article 5-c du Protocole de 1968, article 2-e des Règles de Hambourg.

latitude dans la désignation du droit applicable à leurs éventuels litiges.

549. Elles pourront enfin utiliser les usages comme moyen d'assurer une prévisibilité de leur rapport juridique¹⁰⁵⁴. La mise en œuvre de ces différents moyens pouvant constituer, si elle se généralise, une uniformisation par la pratique, si ce n'est du contenu des règles applicables au transport international de marchandises par mer, du moins de leur mode de désignation.

550. Dans la première partie, il a été question de l'intervention des Etats et des tentatives menées par ceux-ci pour réaliser l'unification des règles applicables au transport international de marchandises par mer. Les relations économiques internationales ne sont-elles pas régies par d'autres règles que celles mises en place par « les collectivités publiques agissant selon les procédés qui leur sont propres »¹⁰⁵⁵ ?

551. Pour tenter de répondre à cette interrogation, il va être nécessaire de se concentrer sur la réaction des opérateurs du transport international de marchandises par mer face à ces lacunes du droit international maritime et essayer de voir si ces commerçants, par le biais de différents mécanismes, ne contribuent pas à un retour à l'uniformité naturelle de la *Lex Mercatoria* ? Il faudra enfin se demander si l'uniformité est nécessaire, on s'interrogera sur l'étendue de celle-ci et notamment sur la possibilité de renforcer la liberté contractuelle des parties ?

¹⁰⁵⁴ Mécanisme des contrats-types, Incoterms...

¹⁰⁵⁵ Berthold Goldman, *Frontières du droit et Lex Mercatoria*, *Archive de philosophie du droit*, 1964, p. 177.

Partie II – La construction d’une uniformisation pragmatique du droit du transport maritime de marchandises par les opérateurs

552. Pour se développer, le commerce international requiert de la rapidité dans les transactions, une réglementation simple, et une sécurité dans les échanges, c’est à dire, toute la certitude que seul le droit semble pouvoir offrir.

Les commerçants et, en général, tous ceux qui participent aux opérations qu’impliquent les échanges commerciaux internationaux, agissent avec un sentiment d’assurance beaucoup plus profond s’ils peuvent savoir d’avance quel sera le régime juridique des actes qu’ils veulent conclure et des faits qu’ils pourraient commettre. Ils agiront avec plus de confiance s’ils sont convaincus de pouvoir faire valoir leurs droits et réaliser leurs intérêts comme s’ils se trouvaient toujours, et dans n’importe quel pays, sous l’empire d’une même loi. Or, pour qu’il y ait cette certitude juridique, condition sine qua non du développement du commerce international, il faut un droit uniforme du commerce international.

553. Ce droit uniforme connaît deux définitions distinctes. Dans une acception restreinte le droit uniforme ne viserait que l’unification des règles de fond par le biais des conventions internationales diplomatiques¹⁰⁵⁶. Dans cette démarche, on ne tient compte que des efforts réalisés par les Etats pour assurer une unification du droit.

Une autre acception plus large du droit uniforme comprend toutes les démarches visant l’unification des règles de fond. L’avantage de cette définition extensive est qu’elle tient compte non seulement de « l’ensemble des dispositions législatives adoptées par des Etats avec la volonté commune de soumettre à la même réglementation certains rapports juridiques »¹⁰⁵⁷ mais aussi d’autres méthodes envisageables, comme celle constituée par le droit spontané issu de la pratique du commerce international.

554. La réglementation actuelle du commerce international, en ce qu’elle provient des traités internationaux ou lois nationales, n’est pas uniforme. En effet, les échanges commerciaux internationaux, dont le volume, l’intensification, la variété, la complexité, la

¹⁰⁵⁶ A. Malintoppi, *Droit uniforme et droit international privé*, RCADI 1965, p. 389.

¹⁰⁵⁷ M. Matteucci, *Introduction à l’étude du droit uniforme*, RCADI 1957, I, p. 387 et s.

rapidité, l'aire géographique, ainsi que les moyens de réalisation sont sans précédent, continuent à être régis par une multitude de règles juridiques.

La solution des conflits de lois, nécessaire et inévitable, préalable à toute opération destinée à la solution des litiges mêmes, concernant les rapports juridiques impliqués par le commerce international, se poursuit conformément aux règles de droit international privé. Celles-ci sont très différentes d'un système de droit à l'autre et quelquefois, dans le cadre d'un même système de droit, elles diffèrent d'une époque à l'autre¹⁰⁵⁸. Une telle diversité est de nature à créer des situations pleines d'incertitudes juridiques. La solution de l'adoption de règles de conflits de lois uniformes ne paraît pas être un moyen idéal car leur mise en œuvre est parfois complexe. De plus, les parties ne sauront pas à l'avance quel droit national sera désigné par ces règles. En outre, les règles applicables au fond du litige resteront différentes.

Reste alors la solution de la coopération entre les Etats, de l'entente des dirigeants d'Etats pour uniformiser la réglementation applicable au fond. Il a cependant été démontré que les Conventions sur le transport international de marchandises par mer, loin d'uniformiser le droit, pouvaient entrer en conflit soit entre elles, soit avec l'ordre juridique interne.

555. Ainsi se pose la question de savoir si les opérateurs de ce transport n'agissent pas pour pallier l'incertitude de la détermination du droit applicable à leur litige.

Si le commerce international, et particulièrement les transports de marchandises par mer, ont pu se développer comme ils l'ont fait, c'est à n'en pas douter que la situation créée par la nationalisation du droit et l'impuissance des Etats à élaborer une réglementation internationale uniforme applicable à cette matière, n'a pas été aussi catastrophique qu'il aurait été possible de le penser. Il est en effet possible de reprendre les observations que faisaient Carbonnier sur la sécurité des affaires en 1979 : « La chose étant vue par grandes masses, il ne paraît pas que les affaires aient beaucoup à pâtir de l'insécurité que l'on impute au droit moderne : les commerces nationaux, le commerce international, sont plus intenses, plus prospères que jamais »¹⁰⁵⁹. Carbonnier reconnaît toutefois qu'« il y a des nuages, qui sont juridiques ». Les opérateurs du transport international de marchandises ont pourtant dû trouver certaines possibilités de s'accommoder de cette grisaille voir peut être même réussi à insuffler en la matière une brise libératrice.

556. Pourquoi les opérateurs du transport international de marchandises par mer, face à l'incapacité des Etats d'assurer une prévisibilité du droit applicable à leurs rapports,

¹⁰⁵⁸ Ainsi en droit des sociétés, la loi de rattachement a été en droit français tantôt la loi du siège social ou la loi du siège statutaire, tantôt la loi déterminée d'après le critère du contrôle, depuis l'article 3 de la loi du 24 juillet 1966 portant réforme du droit français des sociétés commerciales : « les sociétés dont le siège social est situé en territoire français sont soumises à la loi française ».

n'arriveraient-ils pas à construire par leurs actions et leur pratique une uniformisation du droit du transport maritime ? Cette uniformisation étant pragmatique car elle serait issue de la pratique des opérateurs mais aussi car elle serait adaptée à leur action.

Pour répondre à cette question doivent être étudiées les possibilités dont les opérateurs disposent pour réaliser une telle uniformité.

Au premier plan figure bien sûr l'autonomie de la volonté, la libre disposition par les parties du droit applicable à leur contrat. Les opérateurs n'arrivent-ils pas dans un premier temps, par le biais d'outils contractuels et par leurs répétitions, à créer une uniformisation spéciale (car particulière à une ou plusieurs relations juridiques) de la réglementation (titre I) ? Dans un second temps la répétition constante et générale de ces comportements juridiques adoptés par les opérateurs pour répondre à leurs besoins ne pourraient-elle pas participer à une tentative d'uniformisation plus générale de la matière (titre II) ?

Titre I – La construction d'une uniformisation du droit par les pratiques contractuelles

Titre II – La tentative de construction d'un droit par la cristallisation des pratiques contractuelles

¹⁰⁵⁹ Jean Carbonnier, *Flexible droit*, 4^{ème} éd. LGDJ Paris, 1979, p. 132.

Titre I – La construction d’une uniformisation du droit par les pratiques contractuelles

557. Les opérateurs du transport international de marchandises par mer ont la possibilité d’organiser leurs rapports individuels. Cela étant, il va falloir se demander si, confrontés à l’échec des Etats à leur garantir une prévisibilité du droit applicable à leurs litiges, ils sont parvenus à éviter l’incertitude engendrée par les conflits de lois et s’ils ont essayé de construire un régime juridique favorable à leurs activités. Pour ce faire, ils pourraient utiliser les possibilités offertes par certains principes de notre droit, et notamment le principe de la « liberté des conventions » et pourraient ainsi créer du droit et, par ce biais, réaliser une uniformisation. L’uniformisation réalisée constituerait un micro-droit car elle ne concernerait que les cocontractants¹⁰⁶⁰, le micro-droit étant entendu comme désignant l’activité et les comportements juridiques des opérateurs. On admet ainsi que la pratique privée soit créatrice de droit. Outre l’argument classique selon lequel les particuliers ne peuvent créer du droit (l’Etat devant en être le seul producteur), argument que l’existence de la coutume permet d’écarter, il est possible de trouver une objection à admettre que l’acte juridique soit source de droit fondée sur le fait qu’il n’est pas général. Cette objection doit être rejetée car l’acte juridique peut avoir vocation à la généralisation. En outre l’acte juridique a l’avantage d’être du droit vivant, comme l’exprime le Professeur Jestaz : « le contrat est sans doute une petite loi, mais il a sur la loi proprement dite cette supériorité d’exprimer concrètement le droit en action »¹⁰⁶¹. Ce micro-droit permettrait, en outre, d’assurer une uniformisation de matières que le droit venu des Etats n’aurait pas permis de réaliser.

558. Cette uniformisation peut être anticipée, les parties déterminant immédiatement le droit applicable à leur contrat par le biais d’une clause Paramount ou d’un contrat-type (chapitre I). Elle peut aussi être différée quand les parties, pour le règlement de leurs litiges, éliminent la compétence des juridictions étatiques en recourant à des arbitres. Il s’agit du droit que va appliquer l’arbitre, on se situe ainsi en amont du contrat. L’arbitre n’étant pas lié de la même manière qu’un juge par les droits nationaux, les parties peuvent désigner elles-mêmes le droit applicable lors de la résolution du litige (chapitre II).

¹⁰⁶⁰ Il s’agit d’une reprise d’un terme employé par le Professeur Jestaz « les particuliers concluent des actes juridiques sans autre ambition que de produire du micro-droit à leur propre usage », Philippe Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz Paris, 2005, p. 37. Il est cité par Madame Deumier in *Le droit spontané*, éd. Economica Paris, 2002, n° 40, p. 43.

¹⁰⁶¹ Philippe Jestaz, *Les sources du droit*, op. cit, p. 88 et 89.

Chapitre I – L'uniformisation anticipée, dans le contrat

559. Cette uniformisation par la pratique pourrait être le fait de stipulations contractuelles. Traditionnellement, on enseigne depuis le seizième siècle que le contrat relève de la loi d'autonomie¹⁰⁶². Aucune autre institution que le contrat ne porte à un point aussi élevé le rôle de la volonté des parties¹⁰⁶³. En d'autres termes, ce serait à la volonté des parties au contrat de déterminer quels doivent être les effets de celui-ci. Le fondement du rapport contractuel serait la volonté¹⁰⁶⁴. Il s'agit ici de la conception classique du contrat selon laquelle les éléments caractéristiques de celui-ci tiendraient tous au fait qu'il est l'œuvre exclusive de la volonté des cocontractants. Cela se manifeste par un principe fondamental, « érigé en dogme quasi-intangible par les auteurs classiques : le principe de l'autonomie de la volonté »¹⁰⁶⁵.

Ce principe renvoie à l'idée selon laquelle l'obligation contractuelle repose exclusivement sur la volonté des parties. Il y a deux éléments : d'une part, la souveraineté de la volonté, d'autre part, la force obligatoire de la volonté. Cette formule doctrinale du principe de l'autonomie de la volonté n'a jamais pu être admise dans ses conséquences les plus extrêmes¹⁰⁶⁶.

En effet, ce principe connaît de nombreuses dérogations. Par exemple, en droit français, le très classique article 6 du Code civil interdit de « déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »¹⁰⁶⁷.

560. Le Professeur Bonassies constate que les modifications législatives survenues, en matière de droit du transport maritime de marchandises, depuis le début du siècle pourraient donner à penser que « l'autonomie de la volonté y a beaucoup perdu de son influence ». Il rappelle, fort justement, que les nombreuses atteintes dont l'autonomie de la volonté a fait l'objet dans notre droit moderne, ont entraîné une remise en question de ce principe, amenant même certains auteurs à proposer un autre fondement au contrat, ce qui a pour conséquence de les amener à minimiser considérablement le rôle de la volonté dans le rapport contractuel¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶² Principe établi par Charles Dumoulin.

¹⁰⁶³ Jean-Michel Jacquet, *Le contrat international*, 2^{ème} édition, Dalloz Paris, 1999, p. 3.

¹⁰⁶⁴ Larroumet, *Droit civil, Les obligations - Le contrat*, tome III, 5^{ème} éd. éd. Economica Paris, 2003, p. 90 et s.

¹⁰⁶⁵ Ibid.

¹⁰⁶⁶ Jacques Flour et Jean-Luc Aubert, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 8^{ème} éd. Armand Collin, 1998, n°94 et s.

¹⁰⁶⁷ Cette notion à contenu variable date de 1804. Elle permet, tout en conservant la liberté contractuelle comme principe général, de donner un large pouvoir d'appréciation au juge qui va fixer les limites de cette liberté.

¹⁰⁶⁸ Pierre Bonassies, commentaire de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 26 mars 1999, navire « Dragor Maersk », DMF 1999, p. 517.

Malgré cela, même si la volonté ne remplit plus totalement le rôle que lui attribuait la conception classique, il n'en demeure pas moins qu'il n'y a pas de contrat sans volonté de contracter. Le contrat repose bien sur un acte de volonté. Mais la volonté des parties sera encadrée par des règles juridiques impérativement applicables. Cette volonté est ainsi limitée par le législateur, il en est de même en matière internationale.

561. Pourtant, il existe en droit maritime international un domaine où l'usage conventionnel international s'est exprimé avec force et succès. Il s'agit des avaries communes¹⁰⁶⁹. Dans cette matière, en effet, les parties peuvent soumettre leur contrat aux Règles d'York et d'Anvers par le biais de clauses classiques telle que « les avaries communes seront réglées suivant les Règles d'York et d'Anvers », et ainsi écarter les règles légales qui n'ont pas de caractère impératif pour y substituer des règles conventionnelles fixées à l'avance. Ce produit juridique a pour base l'adage « ce qui a été donné pour tous doit être porté par tous »¹⁰⁷⁰ et s'est développé de la *Lex Rhodia de jactu*¹⁰⁷¹ jusqu'aux Règles d'York et d'Anvers¹⁰⁷².

562. A peu près à la même époque, sur le modèle de cette expérience heureuse, il fut tenté de généraliser l'emploi volontaire d'un connaissance internationalement uniforme¹⁰⁷³. Cette tentative fut un échec.

En effet, le conflit d'intérêts était tel qu'il n'était pas possible de l'obvier par l'adoption volontaire de clauses uniformes dans les connaissements. En conséquence, la conclusion d'une Convention internationale fut considérée comme la seule solution propre à supprimer les différences entre les systèmes juridiques étatiques dans la réglementation du transport maritime de marchandises.

563. Cependant, la première partie a mis en exergue les défauts présentés par l'utilisation de la méthode conventionnelle en matière de transport international de marchandises par mer. Les parties n'ont-elles pas dès lors essayé de dépasser le désordre de la réglementation

¹⁰⁶⁹ Il s'agit de la contribution aux pertes ou dommages, par ceux intéressés à l'expédition maritime, subies au cours de celle-ci.

¹⁰⁷⁰ R. Schadée, *La mer comme mère du droit*, in *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz Paris, 1981, 540 p., p. 515.

¹⁰⁷¹ C'est un des rares textes romains relatifs à la navigation maritime (digeste XIV, 2.I) et il constituait une reprise d'un usage pratiqué par les navigateurs de Rhodes, d'après lequel l'armateur et les propriétaires de marchandises devaient contribuer à la réparation des avaries survenues au cours de l'expédition.

¹⁰⁷² Les Règles d'York et d'Anvers sont des règles purement privées qui ont été adoptées par l'International Law Association. Ces Règles ont fait l'objet de plusieurs modifications (en 1924, 1950, 1974, 1994 et 2004). Celles-ci sont universellement acceptées (R. Schadée, op. cit., p. 516) et réalisent une uniformisation internationale du droit de l'avarie commune par le biais d'un usage conventionnel international (Emmanuel du Pontavice et René Rodière, *Droit maritime*, op. cit., n°479). Elles sont d'ailleurs presque systématiquement insérées dans les connaissements et les chartes-parties (Lamy transport, tome II, quatrième partie : *Transports maritimes*, 2002, n° 638, p. 424), ce qui prouve leur réussite à uniformiser un pan du droit international maritime.

¹⁰⁷³ Sergio M. Carbone, *La réglementation du transport et du trafic maritime dans le développement de la pratique internationale*, RCADI 1980, T 166, p. 299.

internationale du transport international de marchandises par l'utilisation de l'outil contractuel ?

564. Cette utilisation se manifeste par deux types de stipulations : soit le fait de la stipulation de contrats-types permettant l'établissement de règles directement applicables au contrat (section I) soit, l'utilisation systématique de clauses Paramount, qui peuvent ou non faire partie de contrats-types, et qui désignent directement le corpus juridique applicable au fond du litige (section II).

Section I - L'uniformisation par la conclusion de contrats-types¹⁰⁷⁴

565. Afin de vérifier si l'uniformisation des pratiques contractuelles ne pourrait constituer un micro-droit élaboré par les opérateurs, une étude des manifestations de la volonté contractuelle en matière de transport international de marchandises par mer, ou dans des matières suffisamment proches s'impose. Le contrat de transport international de marchandises par mer est souvent comparé ou associé au contrat d'affrètement. Ce dernier contrat bénéficie d'une uniformisation par l'utilisation de contrats-types (les chartes-parties). Ces deux contrats sont-ils fondamentalement différents ou ne pourrait-on pas envisager que le contrat de transport international de marchandises par mer fasse lui aussi l'objet d'une uniformisation par le biais d'un rapprochement avec le contrat d'affrètement (paragraphe 1) ? En matière de transport international de marchandises par mer, l'outil contractuel utilisé est le connaissance standard. Celui-ci, par une généralisation de son utilisation, permet-il aux usagers du transport maritime de marchandises d'assurer une prévisibilité du droit applicable à leur contrat (paragraphe 2) ?

Paragraphe 1 – Une uniformisation réalisée en matière de contrat d'affrètement

566. Les Conventions internationales élaborées en matière de transport international de marchandises par mer avaient, entre autres, pour objet de placer les différents acteurs sur un pied d'égalité. Le droit uniforme en sa qualité de *lex specialis* exclut dans chaque Etat partie à la Convention le droit établi en vertu d'actes normatifs nationaux. Il est, en effet, possible d'estimer que la Convention internationale d'unification jouerait le rôle d'un acte normatif, tandis que les Etats, parties à la Convention, assumeraient le rôle d'un organe législatif collectif¹⁰⁷⁵.

567. Il est déjà possible de souligner qu'en matière de transport maritime de marchandises, ces règles de droit uniforme d'origine internationale, impérativement applicables, et de ce fait

¹⁰⁷⁴ Un contrat-type est « une variété de contrat d'adhésion, excluant également les pourparlers, s'en distinguant par son origine : le modèle est établi, non par une entreprise isolée, mais par un organisme représentatif de la profession, d'où il résulte une possibilité d'application à tous les cas particuliers », *Lexique des termes juridiques*, 15^{ème} édition, Dalloz Paris, 2005.

¹⁰⁷⁵ Jivko Stalev, *Droit uniforme et droit international privé*, in *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz Paris, 1981, 540 p., p. 311.

primant sur l'autonomie de la volonté, ne semblent pas constituer un terrain de développement favorable pour les contrats-types.

568. C'est ailleurs qu'il faut chercher une illustration de l'utilisation de la pratique contractuelle comme moyen d'assurer une certaine uniformisation du droit applicable. On en trouve une illustration dans une matière très proche du transport international de marchandises par mer. Il s'agit de l'affrètement au voyage (A). Il paraît dès lors légitime de se demander pourquoi une telle différence de régime existe entre ces deux contrats très proches (B).

A - La possibilité en matière d'affrètement au voyage d'assurer une uniformisation du droit par la pratique contractuelle

569. Le transport maritime de marchandises sous connaissement et l'affrètement au voyage sont des contrats différents (1). Seul ce dernier, le contrat d'affrètement au voyage, est régi essentiellement par la pratique contractuelle (2).

1) Les différences entre le transport maritime de marchandises sous connaissement et l'affrètement au voyage

570. La différence entre ces deux contrats est que l'affrètement est un contrat par lequel le fréteur met à la disposition de l'affrèteur, à une date donnée, soit une capacité de transport en vue d'accomplir un voyage, soit l'utilisation d'un navire pendant un certain temps¹⁰⁷⁶. Le contrat de transport sous connaissement constitue quant à lui la reconnaissance par l'armateur de la prise de la marchandise et l'engagement de la livrer telle qu'il l'a reçue. Il y a ici engagement par l'armateur à un résultat donné. C'est pour cela que pèse sur lui une présomption de responsabilité impérative concernant les pertes et avaries souffertes par les marchandises. D'après Madame Rémond-Gouilloud, « le contrat d'affrètement porte sur un contenant, volume destiné à recevoir des marchandises à transporter, (tandis que) le contrat de transport porte sur un contenu, ces marchandises mêmes »¹⁰⁷⁷.

L'affrètement est un contrat très ancien¹⁰⁷⁸. A l'origine, le droit du transport maritime était régi par le principe de l'autonomie de la volonté. Comme il n'y avait pas à l'époque de lignes

¹⁰⁷⁶ On est ici face à une obligation de moyen : l'armateur promet seulement une certaine diligence à défaut d'une diligence certaine.

¹⁰⁷⁷ Martine Rémond-gouilloud, *Droit maritime*, collection *Etudes internationales*, A.Pédone Paris 1988, p. 264.

¹⁰⁷⁸ Jean Dauvillier, *Le contrat d'affrètement dans le droit de l'antiquité, Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz-Sirey Paris, T. II, 1960.

régulières de transport, il fallait pour transporter une marchandise se procurer la disposition d'un navire par le biais d'un affrètement au voyage. La charte constituait le contrat de transport et c'est dans celle-ci qu'étaient déterminés les droits et obligations respectifs des parties. A partir du moment où il y a eu des lignes régulières avec des navires partant de tel port, à telle périodicité, pour aller à tel autre, il n'y a plus eu besoin de conclure une charte-partie au voyage. En effet, il suffisait d'amener sa marchandise et de conclure un contrat de transport par un connaissance¹⁰⁷⁹.

571. En l'absence de règles impératives d'origines internationales, un retour s'impose aux règles internes afin de déterminer les règles juridiques applicables. La loi du 18 juin 1966 comme le décret du 31 décembre 1966 précisent que les conditions et effets de l'affrètement sont définis par les parties au contrat, et à défaut, par les dispositions qu'ils édictent¹⁰⁸⁰. En ce domaine, les règles légales n'ont qu'un caractère supplétif, celui-ci s'expliquant par le fait que les deux parties sont considérées comme étant d'un poids économique égal.

572. La loi française distingue trois types d'affrètements : au voyage, à temps et coque-nue. L'affrètement à temps (time charter) est le contrat par lequel le fréteur met à la disposition de l'affrèteur un navire armé et les services de son équipage, pendant une certaine durée, allant de quelques mois, à plusieurs années (on s'approche ici d'un contrat de location).

L'affrètement coque-nue (bare boat charter) est le contrat par lequel le fréteur met à disposition de l'affrèteur pour un temps défini, un navire sans armement ni équipage. Il se dessaisit des gestions techniques, nautiques et commerciales.

L'affrètement au voyage (spot charter) désigne le contrat par lequel le fréteur met tout ou partie de la capacité de transport de son navire à la disposition de l'affrèteur en s'engageant à accomplir un voyage déterminé à partir d'une date fixée, dans un port nommément désigné et pour une quantité précise d'une marchandise particulière. L'affrètement est le mode le plus ancien d'exploitation commerciale du navire¹⁰⁸¹, c'est un contrat par lequel le fréteur met la capacité de son navire à la disposition du marchand (affrèteur) et s'engage à accomplir un certain voyage d'un port A à un port B. Le marchand paie le prix convenu pour ce service. Ce prix est appelé « fret ». La convention d'affrètement est constatée par un contrat appelé « charte-partie ». Ainsi en matière de charte-partie¹⁰⁸², l'élément de forme du contrat

¹⁰⁷⁹ Paul Chauveau, *La Convention sur les connaissances mise en accusation*, ADMA 1974, p. 10.

¹⁰⁸⁰ Article 1er de la loi du 18 juin 1866 et du décret du 31 décembre 1966.

¹⁰⁸¹ *L'affrètement maritime*, ouvrage collectif de l'Institut d'Economie du Transport Maritime (IETM), CELSE 1998, p. 8 et 9.

¹⁰⁸² Terme dérivé de l'italien *carta partita* et qui trouve son origine, comme le rappellent Messieurs Rodière et du Pontavice, dans l'ancienne pratique qui consistait à rédiger le contrat sur un acte unique et à le couper en deux afin que chacune des parties en ait un morceau, le rapprochement des deux rétablissant le texte original.

d'affrètement (son instrumentum), c'est l'autonomie de la volonté qui demeure et trouve à s'appliquer. Cette autonomie de la volonté étant justifiée par le fait que la charte-partie est librement discutée entre deux cocontractants d'égale importance, assistés de leurs courtiers respectifs.

573. Pourtant le contrat de transport est resté très proche du contrat d'affrètement au voyage. Ainsi Ripert ne distinguait pas l'affrètement du transport dans son traité relatif aux transports maritimes¹⁰⁸³. La Convention de Bruxelles de 1924 n'a pas non plus clairement fait la distinction entre le contrat d'affrètement et le contrat de transport, elle définit par exemple les obligations du transporteur en des termes tels qu'on peut aussi bien les appliquer au contrat de transport qu'à l'affrètement. Il a fallu attendre en France la loi interne du 18 juin 1966 pour que soit clairement posée la différence entre le contrat de transport et le contrat d'affrètement (et pour que soit distinguées trois variétés d'affrètement). La différence fondamentale étant que le frèteur promet un navire en bon état de navigabilité et le transporteur promet d'acheminer la marchandise donnée à destination.

574. Il est cependant possible de trouver au plan international des législations faisant de l'affrètement une variété de contrat de transport. C'est le cas du Code maritime turc ou du Code italien, ce dernier ne distinguant pas l'affrètement au voyage du transport maritime. Cette confusion de l'affrètement et du transport est due à la doctrine allemande du dix-neuvième siècle qui parle de l'affrètement et du transport sous le vocable de transport¹⁰⁸⁴. Il peut être, en effet, difficile de distinguer la mise à disposition d'un navire par un cocontractant pour un certain voyage (contrat d'affrètement au voyage) et l'engagement par un armateur de transporter la marchandise à bon port. Par exemple, à propos de l'obligation de maintenir les cales en l'état, le frèteur aura l'obligation fondamentale de présenter et de maintenir le navire en bon état de navigabilité, ce qui impliquera de maintenir les cales en bon état. Or, cette obligation de résultat concernant les cales permettra de transporter dans de bonnes conditions la cargaison. En revanche, dans le contrat de transport, l'objet du contrat est la marchandise. Pourtant le maintien des cales en bon état va être un moyen de conduire la marchandise en bon état. Bien sûr, il est possible d'objecter que dans le cadre d'un contrat d'affrètement au voyage, une cargaison pourra subir des dommages même si le navire est en bon état de navigabilité. Le frèteur ne sera en ce cas pas du tout responsable. Malgré cela, en pratique, la distinction entre ces deux contrats peut s'avérer parfois délicate, et ce d'autant plus que les

¹⁰⁸³ Georges Ripert, *Droit maritime*, Dalloz Paris, 4^{ème} éd. n° 1380, 1955.

¹⁰⁸⁴ Emmanuel du Pontavice, *Observations sur la distinction entre contrat d'affrètement et contrat de transport de marchandises par mer*, ADMA 1987, p. 35.

documents rédigés pour l'un ou l'autre des contrats portent parfois à confusion¹⁰⁸⁵. La finalité de ces deux contrats est la même puisque tant le contrat de transport de marchandises que celui d'affrètement au voyage vont permettre le déplacement d'une marchandise. En effet, en ce qui concerne le contrat de transport, c'est l'objet du contrat. Pour l'affrètement au voyage, l'affrèteur ne loue pas le navire mais attend un service : le déplacement de celui-ci d'un port à l'autre qui est réalisé par le fréteur (et bien entendu la mise à disposition du navire pour y charger une marchandise déterminée). L'intérêt pour l'affrèteur étant d'y mettre sa marchandise. Ces contrats sont très proches. Il est même possible de se demander si le déplacement matériel d'une marchandise ne pourrait être couvert par une seule réglementation, ce qui simplifierait les choses.

575. Cette proximité entre le contrat d'affrètement au voyage et le contrat de transport maritime de marchandises rend opportun le fait de se demander si l'utilisation de contrats-types dans l'affrètement au voyage, comme moyen pour les parties d'assurer une prévisibilité du droit applicable à leur litige, n'est pas indirectement un moyen d'assurer une certaine uniformisation du droit.

2) L'importance de la pratique contractuelle en matière d'affrètement au voyage

576. En matière d'affrètement au voyage, il est d'usage d'utiliser des chartes-parties standards. Ces chartes-parties types sont nombreuses et propres à chaque trafic : certaines ayant une spécialisation spatiale¹⁰⁸⁶, d'autres une spécialisation matérielle¹⁰⁸⁷, d'autres enfin, ayant vocation à avoir une portée beaucoup plus générale. C'est le cas de la Baltic and International Maritime Conference Uniform General Charter (Gencon), charte-partie uniforme de la Conférence de la Baltique et de la mer blanche, révisée en 1922, 1976 et 1994 et qui est réservée au trafic international.

577. La Conférence de la Baltique et de la mer Blanche est un organisme privé fondé à Copenhague en 1905 par Thomas Cairns et Johan Hansen, sous le nom de la « Baltic and White Sea Conference ». A l'origine, cet organisme a été créé par et pour les armateurs. Ses

¹⁰⁸⁵ Un affrèteur peut parfois demander à un fréteur de lui établir un connaissance. Dans ce cas la loi interne de 1966 règle les difficultés car son article 17 prescrit que les dispositions du titre du transport de marchandises s'appliquent « 1 entre tous les intéressés au transport en l'absence de charte-partie ; 2 dans tous les rapports du transporteur et des tiers porteurs, aux connaissances émis en exécution d'une charte-partie ». Au niveau international, la Convention de Bruxelles (article 1 b) et les Règles de Hambourg contiennent une disposition similaire (article 2-3).

¹⁰⁸⁶ Comme la charte-partie Baltcon utilisée dans les pays scandinaves.

¹⁰⁸⁷ Comme la Sugar 77, avec cette charte-partie adoptée en 1969 et révisée en 1977, aucune autre marchandise que le sucre ne peut être admise à bord du navire affrété.

adhérents sont aujourd'hui divisés en quatre catégories : armateurs, courtiers, clubs et autre association d'armateurs et enfin membres associés, c'est-à-dire les compagnies démontrant un intérêt pour le monde maritime¹⁰⁸⁸. Aujourd'hui, la B.I.M.C.O.¹⁰⁸⁹ est la plus importante organisation maritime privée avec 2.650 membres contrôlant plus de 65 % de la flotte commerciale mondiale et répartis dans 123 pays à travers le monde. La B.I.N.C.O., outre son statut de consultant à l'O.M.I. , s'est assignée pour mission de produire des documents types pour l'industrie maritime afin de faciliter et d'organiser le commerce maritime. C'est dans ce cadre qu'elle a créé la Gencon.

La Gencon étant non-spécialisée, elle peut être utilisée sur les trafics pour lesquels il n'existe aucun formulaire approuvé. La charte-partie Gencon étant la charte traditionnellement choisie lors d'un affrètement au voyage¹⁰⁹⁰. Il faut aussi citer la Synacomex, charte-partie type souvent utilisée en France et qui concerne le transport de céréales¹⁰⁹¹.

578. Les deux parties sont naturellement en droit d'apporter aux clauses de ces chartes-parties standards toutes modifications qu'elles jugent nécessaires. En matière d'affrètement, il est souvent fait appel à l'intermédiaire d'un courtier qui rapproche les deux parties. Ce courtier est généralement un courtier libre qui est « en matière d'affrètement, la voie de communication normale et acceptée entre les parties »¹⁰⁹². Celui-ci va aider les parties à opter pour un modèle de charte-partie et va adapter les formulaires imprimés de charte-partie par des clauses manuscrites négociées. Dans cette négociation de la charte-partie, il y a des clauses fondamentales, soit selon l'usage, soit selon la volonté des parties, et on ne peut tenir l'accord pour intervenu si les deux parties ne se sont pas entendues, par l'intermédiaire d'un courtier le cas échéant, sur ces clauses fondamentales. Il en est ainsi, par exemple, de la désignation des parties, désignation du navire¹⁰⁹³, lieu de chargement, déchargement...

579. Certaines clauses sont tellement importantes que la pratique les considère comme implicitement contenues dans les chartes-parties. C'est le cas de la « deviation clause » qui oblige le navire à accomplir le voyage par la route convenue dans le contrat, sans déroutement

¹⁰⁸⁸ Sociétés de classification, compagnies d'assurance...

¹⁰⁸⁹ Baltic and International Maritime Council.

¹⁰⁹⁰ Sentence 568 rendue par la Chambre arbitrale maritime de Paris le 26 février 1985, DMF 1986, 180.

¹⁰⁹¹ La Synacomex a été adoptée à Paris en 1957 par le Syndicat national du commerce extérieur des céréales et amendée en 1960, 1974 et 1990.

¹⁰⁹² Sentence 584 rendue par la Chambre arbitrale maritime de Paris le 4 septembre 1985, DMF 1986, p. 312 et 313.

¹⁰⁹³ Face à l'agrandissement des flottes et dans un souci de flexibilité, la charte-partie peut prévoir un navire « To be nominated » TBN, l'armateur aura donc le pouvoir de nommer un navire ou un autre même si le nom devra être donné à un certain moment.

injustifié et sans retard abusif, mais lui permet de se dérouter pour porter assistance ou sauver des vies humaines.

En revanche, l'accord peut être donné « sujet détails » dans le cas où les parties n'ont plus qu'à se mettre d'accord sur des clauses secondaires. Le droit des chartes-parties estime alors que le contrat est définitivement conclu parce qu'il reste juste à adapter matériellement les termes généraux d'une charte-partie choisie comme modèle et que les clauses fondamentales du contrat sont énumérées.

Il faut constater qu'en matière d'affrètement au voyage, la pratique contractuelle aidée par des organismes maritimes internationaux permet de pallier l'absence de règles matérielles internationales impératives (comme le sont les Conventions sur le transport international de marchandises par mer une fois que celles-ci ont été ratifiées ou adoptées par les Etats). En effet, ces chartes-parties types semblent satisfaire les différents utilisateurs de l'affrètement.

580. Pourtant cette pratique contractuelle n'est pas uniforme. Les chartes-parties types sont radicalement différentes selon le type d'affrètement. Elles diffèrent même à l'intérieur de chaque type d'affrètement selon la région et le type de marchandises transportées. Il existe ainsi des chartes-parties types usitées telle que la « Baltimore Form C Grain » qui, élaborée en 1913, est utilisée pour les céréales au départ du nord des Etats-Unis. Force est de constater que cette standardisation des chartes-parties est sectorielle. Cette standardisation est aussi relative car les parties adaptent les chartes-parties types à la spécificité de leur transport¹⁰⁹⁴.

581. Il semble, cependant, que les parties bénéficient, grâce à l'existence de ces chartes-parties types, d'une prévisibilité du droit applicable à leur litige. En ce qui concerne la constitution, par le biais de ces chartes-parties types, d'une uniformisation du droit applicable aux contrats internationaux d'affrètement, celles-ci participent à un tel mouvement de façon certaine. Cette participation est cependant souple et adaptée car cette uniformisation se fait selon le type de marchandises et la zone de transport et est adaptée à leurs spécificités. Il est évident qu'on ne transporte pas du blé (charte-type Synacomex) comme du minerai de fer (charte-type Mauritanore) ou qu'un transport sur la mer Baltique n'est pas soumis aux mêmes contraintes qu'un transport sur l'océan Indien.

Il n'apparaît de ce fait pas souhaitable, dans ce domaine, d'imposer des règles unifiées à tous les contrats d'affrètements. Il faut d'ailleurs constater qu'en ce domaine les parties réussissent, par le choix d'une norme non étatique, à assurer une certaine prévisibilité

¹⁰⁹⁴ Il s'agit de la possibilité de modifier les obligations de l'une ou l'autre partie à condition de ne pas alléger leurs obligations au point qu'on ne soit plus en présence d'un contrat d'affrètement.

essentielle à une correcte exécution de leur contrat et à une maîtrise de leurs éventuels contentieux.

582. Il est cependant possible d'apporter quelques nuances à ces appréciations positives sur le rôle de ces chartes-parties types. En effet, certains de ces documents sont de conception ancienne et comportent des clauses obsolètes ou obscures, d'autres inéquitables. Monsieur Potier, ancien président de l'Association française de Droit Maritime, soulignait en 1975 l'importance des litiges et les divergences d'interprétations par les tribunaux, dues à la mauvaise rédaction des clauses¹⁰⁹⁵. Il a été aussi reproché aux chartes-parties types d'être des contrats d'adhésion déguisés, de perpétuer les usages d'une époque où les armateurs et affréteurs occidentaux étaient « en position de force ». L'exemple flagrant de clause partielle prêtant à contestation est celui de la charte Gencon dont la clause 2 exonère le fréteur de toute responsabilité pour avaries ou manquants à la marchandise, sauf en cas de faute personnelle¹⁰⁹⁶. De telles clauses sont strictement prohibées en matière de transport maritime de marchandises par mer. Les différentes Conventions applicables à ce domaine empêchent toutes le transporteur de s'exonérer de sa responsabilité. D'un autre côté, il arrive qu'en matière de transport international de marchandises par mer des connaissements désignent un port sans autre détail ou contrainte alors que la quasi-totalité des chartes-parties prévoient « one-two safe berths, one safe port¹⁰⁹⁷ always accessible on x feet salt water draft... »¹⁰⁹⁸.

583. Il faut distinguer entre deux séries de critiques d'origine différente de ces chartes-parties types : d'une part, les critiques faites par des armateurs, associations de courtiers ou de chargeurs visant à une perpétuelle amélioration des chartes anciennes et à la création de chartes modernes ; et d'autre part, la revendication de pays dits sous-développés par le biais de la CNUCED.

La première série de critiques ne nécessite pas de plus amples développements, en revanche la seconde série est plus intéressante. Il s'agit d'un mouvement de remise en cause du contrat d'affrètement, celui-ci est apparu lorsque les pays en développement sont intervenus sur le marché de l'affrètement. Ceux-ci ont alors été choqués par le particularisme des contrats et des pratiques de l'affrètement¹⁰⁹⁹. Ainsi les revendications du groupe des 77 pays en

¹⁰⁹⁵ Jacques Potier, *Réflexions sur le contrat d'affrètement et son avenir*, ADMA 1975, p. 21-31, spé. p. 24.

¹⁰⁹⁶ Il y a faute personnelle lorsqu'il y a eu négligence dans la mise en état de navigabilité du navire ou lorsqu'il y aura eu des manquants ou avaries causés par la négligence du capitaine.

¹⁰⁹⁷ L'appréciation de la sécurité d'un port se faisant tant sur le plan physique que politique et sanitaire.

¹⁰⁹⁸ *L'affrètement maritime*, ouvrage collectif de l'Institut d'Economie du Transport Maritime, op. cit. , p. 48 et 49.

¹⁰⁹⁹ Jacques Potier, op. cit. , p. 31.

développement ¹¹⁰⁰, formalisées par une résolution adoptée à Alger en 1967, ne concernaient pas seulement le contrat de transport de marchandises par mer mais le droit maritime en général ¹¹⁰¹. Ces revendications allaient dans le sens de remplacer le libéralisme et l'autonomie de la volonté par un régime statutaire, obligatoire et impératif.

En effet, la CNUCED réclamait une uniformisation et une modernisation des clauses de chartes-parties fondées sur des considérations de politique et d'équité commerciales ainsi qu'une réglementation impérative de la responsabilité du fréteur (en ce qui concerne l'état de navigabilité du navire, les pertes, avaries ou retard à la marchandise) ¹¹⁰².

La CNUCED souhaitait une planification autoritaire du droit international afin de restaurer une égalité économique, cette philosophie politique et économique ayant été qualifiée par le Professeur Mateesco-Matte de « doctrine des besoins ». Pour les juristes, ces revendications ont pu être tentantes car, « inspirés par une mystique de simplification et d'unité (elles) militent en faveur d'une harmonisation du droit du transport » ¹¹⁰³.

584. Malgré cette revendication de la CNUCED, l'affrètement, à la différence du transport international de marchandises sous connaissement, n'a pas fait l'objet d'un régime juridique à caractère impératif, cette dichotomie de régime se justifie-t-elle ?

B – La possibilité d'une uniformisation du contrat de transport international de marchandises par mer par un rapprochement avec le contrat d'affrètement

585. La proximité entre contrat d'affrètement au voyage et contrat de transport international de marchandises par mer et le fait que les Etats ne soient pas intervenus pour réglementer le premier contrat qui fait l'objet de chartes-parties types permet de poser la question de la possibilité d'une uniformisation du contrat de transport maritime international de marchandises par la pratique sur le modèle de ce qui a été réalisé pour le contrat d'affrètement. Cette uniformisation par le biais de connaissements-types paraît difficile à envisager car la différence de régime entre le contrat de transport international de marchandises par mer et celui d'affrètement semble toujours justifiée.

¹¹⁰⁰ Cf. note infra paginale n° 84 et 225.

¹¹⁰¹ Paul Chauveau, *La Convention sur les connaissements mise en accusation*, ADMA 1974, op. cit. , p. 13.

¹¹⁰² Jacques Potier, op. cit. , p. 24.

¹¹⁰³ Ibid. , p. 31.

1) Les justifications de la dichotomie de régime entre le contrat de transport maritime et celui d'affrètement au voyage

586. Les contrats d'affrètement ne sont pas soumis à un régime impératif, excepté le cas spécial des affrètements donnant lieu à l'émission d'un connaissement. En ce domaine, règne l'autonomie de la volonté, une certaine uniformité des chartes-parties ayant tout de même été obtenue par l'établissement de règles codifiées qui ont fait l'objet de publications. Ce régime apparaît efficace en ce qu'il dure toujours.

587. Plusieurs éléments peuvent expliquer la pérennité de ce système de clauses-types en matière d'affrètement. Il y a d'abord le fait que ces contrats-types sont élaborés et utilisés par des professionnels et sont donc en principe adaptés à leurs besoins. Il y a ensuite le fait qu'un régime souple fondé sur l'autonomie de la volonté avec à sa disposition des chartes-parties types est beaucoup plus adapté à la disparité de situations de faits. Cette disparité existe entre différents types d'affrètement, selon la marchandise, la zone concernée... et a fortiori existe car les situations de fait entre fréteur et affréteur au voyage et entre chargeurs et armateurs de lignes régulières, sont radicalement dissemblables. Par exemple les chartes-parties de transport de vrac contiennent pour la plupart une clause F.I.O. (free in and out) qui met les opérations de chargement ou de déchargement à la charge de l'affréteur (ou des chargeurs et réceptionnaires dont il est responsable). Ces clauses ont une importance fondamentale pour ce type de transport puisque « l'armateur d'un vraquier est amené à transporter toutes sortes de marchandises, sur toutes les mers du monde. Son navire fréquente de très nombreux ports dont il ne connaît pas les caractéristiques nautiques et dans lesquels il ne dispose localement d'aucune infrastructure. Il est donc fondamental pour lui de ne pas être impliqué dans les opérations de manutention ». On voit donc l'intérêt de cette clause adaptée au transport de vrac¹¹⁰⁴.

588. Il a déjà été fait état des difficultés que présentait le choix de la méthode conventionnelle, celles-ci constituant certainement un élément de réponse expliquant l'absence de réglementation impérative en ce domaine et militent en faveur de la pratique des contrats-types. En effet, un système impératif pour fonctionner harmonieusement doit être cohérent, il ne doit pas contenir par exemple plusieurs normes impératives de type conventionnel contenant des dispositions différentes. Il doit de surcroît bénéficier d'une adhésion universelle.

¹¹⁰⁴ François Arradon, *Vues sur mer : « F.I.O. », un mode de transport défini en trois lettres*, Lettre d'information de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris, n° 6, 2004-2005, p. 1.

589. On peut aussi trouver en matière de transport international de marchandises par mer des imprimés types de connaissance. En effet, plusieurs connaissances-types ont été élaborés sous l'égide de la Conférence de la Baltique et de la mer Blanche : on peut citer la Conbill (1946), la Congenbill (1978), et la Conlinebill (1950) qui ont fait l'objet de modifications. On trouve dans ceux-ci une clause Paramount générale renvoyant à la Convention de Bruxelles de 1924, ou déclarant applicables les règles de la Convention de 1924 « telles qu'elles ont été promulguées dans le pays du chargement » ou, à défaut, « la législation correspondante du pays de destination ». La signification et l'interprétation de telles clauses ont déjà été étudiées. Il convient cependant de relever que les connaissances-types sont un moyen pour les parties soit de se conformer aux Conventions lorsque leur application est impérative, soit de proroger leur application lorsqu'elle ne l'est pas.

590. Malgré ces différentes remarques, les défauts de la législation matérielle internationale applicable aux transports internationaux de marchandises par mer demeurent. Une charte-partie type adoptée par les parties et adaptée à leurs besoins semble être une bien meilleure réponse aux besoins des acteurs du commerce international qu'une législation internationale contraignante désunifiée dont le contenu est source d'incertitude. Il est alors possible de se demander si le transport international de marchandises par mer ne pourrait pas profiter lui aussi du torrent « unificateur et confortatif ¹¹⁰⁵ » de règles coutumières.

2) La pérennité de la dichotomie de régime entre ces deux contrats malgré l'existence de connaissances-types

591. Les principales justifications de la dichotomie de régime sont d'une part que l'affrètement serait un contrat de gré à gré entre des entreprises de fréteurs et d'affréteurs qui ont des puissances économiques analogues ¹¹⁰⁶ et sont, de ce fait, en mesure de défendre leurs intérêts dans l'établissement du contrat. Le contrat de transport mettrait au contraire en présence une entreprise de transport nécessairement importante et un expéditeur (ou chargeur), qui peut être un commerçant beaucoup plus modeste, voire un particulier dans le cas du déménagement par voie de mer ¹¹⁰⁷. On se trouve ici en présence d'un potentiel contrat

¹¹⁰⁵ Serge Sur, *Droit international des transports : principes et règles*, in colloque du Mans, *Aspects actuels du droit international des transports*, SFDI, op. cit., p. 119.

¹¹⁰⁶ L'affrètement porte sur le navire pris en location par l'affréteur alors que le contrat de transport porte sur la marchandise confiée au transporteur pour être amenée à destination.

¹¹⁰⁷ Paulette Veaux-Fournerie et Daniel Veaux, *Contrat de transport de marchandises*, Jurisclasseur Commercial, fascicule 1255, n°3.

d'adhésion¹¹⁰⁸, « pré-imprimé »¹¹⁰⁹, auquel le chargeur ne peut rien changer. Le transporteur risquant d'imposer des clauses allégeant ou supprimant de façon abusive sa responsabilité. D'autre part, l'absence de convention internationale dans le domaine de l'affrètement se justifie par le fait que la pratique anglo-saxonne a largement unifié les règles habituellement suivies.

En ce qui concerne la pérennité de ces justifications, il a déjà été expliqué que le déséquilibre fondamental entre les chargeurs et les transporteurs était de moins en moins vrai, d'abord car il existe des chargeurs très importants et ensuite car ceux-ci se réunissent en groupements. A ce sujet, le Professeur Rémond-Gouilloud rappelle que « l'hétérogénéité des chargeurs ne doit pas tromper. L'image du petit chargeur abandonné aux griffes du transporteur tout puissant paraît singulièrement désuète à l'ère des N.V.O.C.C.¹¹¹⁰ et autres magnats de l'organisation des transports »¹¹¹¹. Malgré cela le développement d'un droit corporatif, d'une autoréglementation par les usagers du transport international par mer de leurs rapports sans sanction publique¹¹¹², autre que celle garantie par les tribunaux en cas de non-respect de la loi contractuelle, n'est pas chose aisée. Il a été fait état de l'échec de la mise en oeuvre des Règles de La Haye, adoptées sous l'égide de l'I.L.A.¹¹¹³ en 1921, le modèle de ces Règles étant les Règles d'York et d'Anvers¹¹¹⁴. Ces Règles avaient pour fondement la liberté contractuelle. Les délégués réunis à La Haye avaient insisté sur leur souci d'éviter l'intervention législative¹¹¹⁵. Une telle chose étant possible à la condition que ces règles rencontrent une adhésion générale et permanente ou en tout cas très large.

592. Les armateurs français ont très rapidement mis en valeur les difficultés que cette tentative d'uniformisation du connaissement allait rencontrer¹¹¹⁶. Ils se montrent rapidement

¹¹⁰⁸ « Contrat conclu entre deux parties dont l'une ne peut en fait discuter les différentes clauses, et n'a que la liberté d'accepter ou de refuser le contenu global de la proposition de convention ». *Lexique des termes juridiques*, sous la direction de Raymond Guillien et Jean Vincent, Dalloz, 15^{ème} éd, 2005.

¹¹⁰⁹ Messieurs Bonassies et Scapel disant ainsi du connaissement : « les connaissements sont aujourd'hui établis sur une forme pré-imprimée, recto-verso. Sur le recto figurent le nom et le « logo » du transporteur, le nom du chargeur, celui du destinataire ... Au verso figurent les conditions du contrat, le plus souvent imprimées en très petit caractère. », Pierre Bonassies et Christian Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ Paris, 2006, n° 938, p. 602 et 603.

¹¹¹⁰ « Non vessel operating common carrier », il s'agit d'un acheteur de capacité de transport maritime qu'il offre à des clients.

¹¹¹¹ Citée par Olivier Cachard in *Les clauses relatives à la compétence internationale dans les connaissements : consensualisme ou formalisme ?*, mémoire de DEA soutenu à Paris II en 1997, n° 80.

¹¹¹² Serge Sur, *Droit international des transports : principes et règles*, op. cit., p. 120.

¹¹¹³ Association de Droit International, Comité de droit maritime.

¹¹¹⁴ Léopold Dor, *Les Règles de La Haye, 1921, Compte rendu critique de la Conférence de la Haye*, Autran, XXXIII.

¹¹¹⁵ René Rodière, *Traité général de droit maritime*, affrètement et transport, Tome II, Dalloz Paris, 1968, 472 p., spé p. 367, 368 et 369.

¹¹¹⁶ Paul de Rousiers, *Les Règles de La Haye et leur mise en application, le point de vue des armateurs français*, Autran, XXXIII, 683.

circonspects au sujet de l'application bénévole des Règles par tous. Ils arguent d'une part de la difficulté d'arriver à une adhésion de tous les chargeurs et d'autre part, du fait que certains chargeurs qui considéraient ces règles comme protectrices, pourraient solliciter des rabais de fret en échange de quoi ils consentiraient à des clauses de non-responsabilité ou de limitation à un très faible chiffre de réparation. En effet, cette tentative, variante du procédé des contrats-types, d'établir des règles codifiées faisant l'objet d'une publication et de permettre aux parties de les intégrer au contrat par une simple clause de référence¹¹¹⁷, fut un échec.

593. Le traité diplomatique est alors apparu comme étant la seule solution pour supprimer les différences entre les systèmes juridiques étatiques dans la réglementation du transport maritime de marchandises et ramener, dans le cadre des principes traditionnels, la prévisibilité et la certitude à cet aspect des rapports commerciaux internationaux.

594. Pourtant la technique des règles types et de façon plus générale celle du contrat-type, utilisable lorsque la matière à réglementer relève de l'autonomie contractuelle, présente de nombreux avantages. Le premier avantage est celui de la simplicité de procédure, ces règles n'ont ni besoin de la réunion d'une conférence diplomatique, ni d'une intervention législative¹¹¹⁸, car leur autorité résulte de l'acceptation contractuelle. Ensuite, ces règles douées d'une grande souplesse sont adaptables aux besoins nouveaux. Il faut à présent s'interroger sur l'existence et le rôle des connaissances standards, voir si ceux-ci pourraient jouer le même rôle que les chartes-parties types.

Paragraphe 2 – Une uniformisation irréalisée en matière de contrat de transport international de marchandises par mer

595. La question se pose de savoir si les connaissances standards sont couramment utilisés en matière de transport maritime de marchandises (A) ? En cas de réponse affirmative, ceux-ci peuvent-ils participer à la réalisation d'une uniformisation du droit réalisée par les opérateurs du transport (B) ?

A - L'existence de connaissances standards

596. En matière de transport international de marchandises par mer, les parties n'ont pas souvent la libre disposition du droit applicable à leur relation. En ce domaine, existent des

¹¹¹⁷ Sans être obligé de les reproduire dans leur intégralité.

¹¹¹⁸ Paul Chauveau, *L'unification du droit maritime et le CMI*, op. cit. RTD com. 1963, p. 742 et 743.

Conventions internationales ayant valeur impérative. Les parties ont, en cette matière, pour unique latitude de soumettre leur contrat à une Convention alors que les conditions d'application de celle-ci ne sont pas réunies¹¹¹⁹.

Malgré tout, la standardisation des connaissances et l'inventivité de la pratique à imaginer des formes contractuelles adaptées à ses besoins surprend, cette pratique doit être examinée (1) avant de voir les difficultés qu'elle pourrait soulever (2).

1) L'identification de connaissances standards ou de documents imaginés par la pratique

597. L'existence de connaissance-types peut être recherchée d'une part, dans l'existence de connaissances standards (a) mais aussi dans celle de documents originaux répondant à des besoins technologiques ou économiques et imaginés par la pratique (b).

a) l'identification de connaissances standards

598. Comme le souligne le Professeur Cachard, « le secteur du transport fait assurément partie des domaines où les échanges sont institutionnalisés et régis par des conventions types »¹¹²⁰. Les connaissances standards sont utilisés dans la quasi-totalité des contrats de transports internationaux de marchandises sous connaissance et présentent une similitude de présentation et une répétition d'un certain nombre de clauses. C'est pourquoi Lord Diplock classe sans distinction les chartes-parties et les connaissances parmi les « standard forms »¹¹²¹. Cette standardisation des connaissances ne tend-elle pas vers la transformation de ceux-ci en contrats-types ?

599. A ce sujet, le Professeur Jambu-Merlin écrit que « les connaissances sont rarement, à la différence des chartes-parties, des formules types. Certes il existe en chaque pays du moins une tendance à l'uniformité des connaissances, non seulement dans la présentation matérielle mais aussi dans la rédaction de certaines clauses, mais chaque armement utilise ses

¹¹¹⁹ Se reporter à l'étude sur les clauses Paramount, infra n° 617 et s.

¹¹²⁰ Olivier Cachard, observations sous Cass. Com, 14/10/2004, navire *Hornwind*, DMF 2005, n° 657, p. 258.

¹¹²¹ Cité par Antonio Boggiano, *International Standard Contracts : the price of fairness*, Graham and Trotman, 1991, p. 1.

propres documents »¹¹²². Cela peut s'expliquer par le fait que c'est le transporteur maritime qui émet le connaissance. L'article 18 de la loi du 18 juin 1966 dispose que « le transporteur ou son représentant doit, sur la demande du chargeur, lui délivrer un connaissance ». Cet article est une reprise de l'article 3-3 de la Convention de Bruxelles qui stipule : « après avoir reçu et pris en charge les marchandises, le transporteur ou le capitaine ou agent transporteur devra, sur demande du chargeur, délivrer au chargeur un connaissance... ».

600. Le connaissance maritime est de ce fait la position d'une entreprise de transport ou plutôt le produit de la volonté d'une entreprise de transport¹¹²³. Il apparaît alors qu'une uniformisation n'est possible que si une institution particulière entreprend la rédaction de contrats-types et que les transporteurs reprennent ces connaissances. C'est le cas des connaissances élaborés sous l'égide de la Conférence de la Baltique et de la mer Blanche dont il a déjà été fait état.

601. Force est de constater que l'utilisation de contrats-types semble plus être l'apanage de l'affrètement que celui du transport maritime. Malgré tout, même s'il est difficile de parler de formules types en matière de connaissance, la standardisation de ce document issu de la pratique ne fait aucun doute¹¹²⁴ au regard des documents que celle-ci a fait naître.

b) L'identification de documents imaginés par la pratique

602. A ce propos, il faut souligner l'existence d'un document issu de la pratique, utilisé dans le transport maritime pour remplacer le traditionnel connaissance. Ce contrat de transport non formalisé est appelé la lettre de transport maritime (« sea waybill » en anglais). Il s'agit d'un contrat purement consensuel qui a une valeur probatoire de l'existence et des caractéristiques de l'engagement. Ce document est non négociable. La marchandise ne peut, en principe, pas être vendue pendant le transport à moins que l'expéditeur change l'identité du destinataire en respectant certaines conditions. En effet, à la différence du connaissance nominatif, la lettre de transport maritime n'est pas un titre de propriété relatif à la marchandise transportée. Cet instrument utilisé par la pratique existe déjà dans les autres types de transport.

¹¹²² Roger Jambu-Merlin, Jurisclasseur droit international, Fasc. 565 B, n°11.

¹¹²³ Ainsi il ne s'agirait pas d'un contrat-type mais d'un contrat d'adhésion qui est un « contrat conclu entre deux parties dont l'une ne peut en fait discuter les différentes clauses, et n'a que la liberté d'accepter ou de refuser le contenu global de la proposition de convention », *Lexique des termes juridiques*, 15^{ème} édition, Dalloz.

¹¹²⁴ Olivier Cachard, *Les clauses relatives à la compétence internationale dans les connaissances : consensualisme ou formalisme ?*, mémoire de DEA soutenu à Paris II en 1997, spé. chapitre 4 *La préservation de l'équilibre du contrat*, n° 78.

En matière maritime, les progrès techniques font que les marchandises arrivent souvent à destination avant les documents¹¹²⁵. Le réceptionnaire, ne pouvant faire valoir ses droits en présentant le connaissement, était contraint de prendre les marchandises en présentant une lettre de garantie. C'est le Comité Maritime International, lors d'un colloque tenu à Venise en 1984, qui eu l'idée de ce nouveau document. Celui-ci devait permettre la rédaction d'un contrat de transport purement consensuel, pour lequel le document n'aurait plus d'autres fonctions que probatoire. Dans ce transport, le chargeur confiant au transporteur mission de livrer la marchandise au lieu de destination, à une personne désignée nommément qui n'a pas obligation de présenter un document. Pour permettre aux opérateurs du transport qui souhaiteraient soumettre leurs relations à ce cadre, le Comité maritime International a établi en 1990 des règles uniformes, applicables à ce nouveau document utilisé dans le transport maritime (RU-CMI 1990). Ces règles ont été modifiées en 1993.

Ce document, imaginé par la pratique, pour lequel le CMI a proposé des règles uniformes présente bien le caractère d'un contrat-type. Cette pratique contractuelle a connu un grand succès puisque, comme l'écrit le Professeur Tassel « on affirme que, sur certains parcours, elle (la lettre de transport maritime) a purement et simplement détrôné le connaissement »¹¹²⁶. Cette lettre de transport maritime n'est cependant pas le contrat de transport lui-même mais un document faisant preuve du contrat et de la prise en charge de la livraison. Elle ne peut de plus être émise lorsqu'un connaissement ou un document similaire formant titre a été émis¹¹²⁷. Il semble pourtant que la Convention de Bruxelles puisse s'appliquer à un transport dans lequel le porteur de la lettre reçoit, grâce à celle-ci, la marchandise transportée par mer. Le Professeur du Pontavice penche pour une solution contraire¹¹²⁸. La jurisprudence anglaise ne s'oppose pas à l'application de la Convention de Bruxelles aux connaissements à ordre ou nominatifs¹¹²⁹. Le Professeur Tassel, favorable à l'application de la Convention de Bruxelles à la lettre de transport maritime, indique d'ailleurs que les dispositions de la Convention de Bruxelles telles que modifiées par le Protocole de 1968 trouvent d'ailleurs à s'appliquer « même indépendamment de l'émission d'un document dans le cadre d'une action en responsabilité délictuelle¹¹³⁰ »¹¹³¹. Il en résulte que les Conventions internationales, et en

¹¹²⁵ Yves Tassel, *Les documents maritimes autres que le connaissement*, Mélanges en l'honneur de Henry Blaise, Economica Paris, 1995, p. 400.

¹¹²⁶ Yves Tassel *ibid.*

¹¹²⁷ RU-CMI 1990, règle 1 citée par le Professeur Tassel, *ibid.*, p. 407.

¹¹²⁸ *Traité général de droit maritime*, Affrètements et transports, vol. II, n° 743, note I.

¹¹²⁹ Arrêt du *Rafaela S* rendu le 16/02/2005 par la Chambre des Lords, note Y. Tassel in DMF 2005, p. 795 et s. Philippe Delebecque, *Contrats de service, quelle qualification ?*, Lettre d'information de la Chambre arbitrale maritime de Paris, n° 4, 2004, p. 4.

¹¹³⁰ Article 4 bis, al. 1^{er} de la Convention de Bruxelles de 1924 modifiée par le Protocole de 1968 : « les

particulier la Convention de Bruxelles, trouveront toujours à s'appliquer que ce soit directement ou indirectement.

603. Il existe un autre document actuel issu de la pratique. Il s'agit des connaissances électroniques. Ils correspondent à la nécessité d'accélérer la circulation des documents et d'alléger les procédures traditionnelles du commerce maritime international. Dans les années 1970, des compagnies de transport maritime ont informatisé l'établissement des lettres de transport maritime et la transmission des informations relatives aux expéditions¹¹³². C'est le système du Data Freight Receipt dans lequel un seul exemplaire de la lettre de transport maritime est émis, il sert de reçu à l'embarquement, les autres informations étant transmises par voie informatique. En 1990, le CMI a adopté des « Règles relatives aux connaissances électroniques ». Les Règles du CMI visent à reproduire, dans un environnement électronique¹¹³³, les fonctions du connaissance négociable (cette transmission de droits ne dépendant plus du transfert matériel d'un document papier). Ces Règles ont été critiquées à cause notamment de la responsabilité jugée excessive qu'elles font encourir aux transporteurs, de l'absence de solution en ce qui concerne la définition des responsabilité en cas de panne du système, et enfin à cause de l'absence de tout système de sécurité dûment spécifié¹¹³⁴.

Ces règles s'appliquent si les parties le souhaitent (ces Règles sont facultatives et exigent la conclusion d'un « accord de communication »). A cet égard, la plupart des connaissances électroniques y renvoient¹¹³⁵. L'utilisation du connaissance électronique n'est pour l'instant pas généralisée car celui-ci ne peut être utilisé en cas de crédit documentaire, c'est-à-dire lorsque la marchandise est destinée à être vendue en cours de transport. De plus, il semble que, la Convention de Bruxelles ne définissant pas le connaissance et les Règles de Hambourg régissant largement les contrats de transport de marchandises par mer, les transports maritimes constatés par un connaissance électronique soient soumis à ces Conventions¹¹³⁶. Le projet de convention sur le transport de marchandises de la CNUDCI

exonérations et limitations prévues par la présente Convention sont applicables à toute action contre le transporteur en réparation de pertes ou dommages à des marchandises faisant l'objet d'un contrat de transport, que l'action soit fondée sur la responsabilité contractuelle ou sur une responsabilité extra-contractuelle ».

¹¹³¹ Yves Tassel, *L'affaire du Rafaela S ou l'indélicat connaissance nominatif*, DMF 2005, p. 801.

¹¹³² Le Data Freight Receipt a été utilisé par le consortium Atlantic Container Line dès 1971. Pierre Bonassies, Christian Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ Paris, 2006, n° 991, p. 634 et 635.

¹¹³³ Un système de « clé confidentielle » est mis en place (combinaison de chiffres et/ou de lettres), le détenteur de la clé est la seule partie en mesure de réclamer la livraison des marchandises, de désigner le destinataire, de transférer les droits comme s'il détenait un connaissance au porteur.

¹¹³⁴ Georges Chandler, *Maritime electronic commerce for the twenty-first century*, document présenté à la Conférence du centenaire du CMI, Anvers, juin 1997, p. 23.

¹¹³⁵ Les chargeurs étant sensibles au côté protecteur de ces règles.

¹¹³⁶ Pour Messieurs Bonassies et Scapel au sujet de la Convention de Bruxelles de 1924, « ce n'est pas être infidèle aux « pères fondateurs » que de souhaiter donner à leur texte unificateur l'extension la plus large

régit spécifiquement « les documents électroniques concernant le transport » (chapitre 3 du projet¹¹³⁷). De toute façon, les Règles du CMI n'interfèrent pas avec la législation applicable aux contrats de transports puisqu'elles spécifient que « le contrat de transport est assujéti aux dispositions de toute convention internationale ou nationale qui auraient été d'application impérative en cas d'émission d'un connaissance » (règle 1).

604. Les Etats se sont eux aussi intéressés à ce document et ont d'abord, par le biais de la CNUDCI, proposé une loi-type sur le commerce électronique afin de créer une « uniformité internationale en matière de règles applicables au commerce électronique ». L'objectif de cette loi étant la disparition à moyen terme du papier dans les transactions commerciales. Ils ont ensuite, cette fois-ci au niveau de la Commission Européenne (celle-ci étant associée à un consortium de transporteurs, de banques, d'entreprises de télécommunications), essayé de promouvoir l'utilisation des moyens électroniques en créant un registre informatique : le système Bolero. La Bolero Association Limited regroupe toutes les parties à la transaction électronique (les utilisateurs de Bolero.net) et a en charge la gestion d'un registre informatique central dans lequel sont stockées de manière électronique toutes les transactions afférentes au transport. Le registre électronique est ici tenu par un organisme neutre. Le chargeur peut y spécifier au transporteur les caractéristiques de la marchandise, le transporteur émettre les données électroniques équivalentes aux rubriques figurants sur un connaissance papier. Les utilisateurs ayant un accès autorisé peuvent alors consulter les données électroniques et de la même manière le porteur figurant sur ce registre peut transférer le connaissance électronique. Ce procédé est lui aussi entièrement contractuel et basé sur le consentement des parties, son succès n'est que relatif car le système fonctionne dans la sphère Bolero mais l'interconnexion avec le système traditionnel est difficile.

605. Il est possible de trouver un dernier document issu de la pratique. Il s'agit du connaissance à personnes dénommées. C'est un connaissance se situant entre les connaissances négociables et ceux non négociables. Le connaissance en tant que titre représentatif de la marchandise peut permettre de réaliser des opérations sur celle-ci. Le connaissance à personne dénommée indique le nom du destinataire et « il ne peut se transmettre que selon les formes civiles de la cession de créance (article 1690 du Code

possible, en l'appliquant aux transports couverts par une lettre de voiture ou un connaissance électronique ». Pierre Bonassies et Christian Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ Paris, 2006, n° 905, p. 582 et 583.

¹¹³⁷ L'article 8 du projet de Convention CNUDCI prévoit que « tout ce qui doit figurer dans un document de transport conformément à la présente Convention peut être consigné dans un document électronique concernant le transport ... » (article 8-a).

civil) »¹¹³⁸. Sa nature juridique complexe est source de difficulté et d'incertitude. C'est pour cela que le groupe de travail en charge du projet de Convention de la CNUDCI avait considéré qu'il était nécessaire de traiter dans la Convention de ce type de document. Il proposait d'en donner une définition : « le connaissement à personne dénommée est un document de transport non négociable indiquant qu'il doit être remis pour l'obtention de la livraison de la marchandise ». S'agissant du régime de ce document, « il serait laissé aux dispositions de la Convention, le problème de la cession étant traité par renvoi au droit applicable »¹¹³⁹. Pourtant le projet de Convention ne fait plus état des connaissements à personnes dénommée. L'article 1 qui contient les définitions des termes employés fait la distinction entre les connaissements négociables et ceux non négociables mais n'évoque pas ceux à personne dénommée. Le projet de convention évoque pourtant les « documents établis à l'ordre d'une personne désignée »¹¹⁴⁰.

606. Il semble qu'aujourd'hui l'obstacle juridique majeur à laisser aux parties la libre disposition de leurs droits en matière de transport international de marchandises par mer, sans parler de la motivation idéologique des pays en développement qui veulent parvenir à un nouvel ordre économique en modifiant les règles juridiques par le biais de conventions matérielles internationales impératives, soit le fait que le contrat conclu reste non négocié.

2) Les difficultés que pourraient provoquer ces connaissements standards

607. Le contrat de transport paraît être un contrat d'adhésion. Selon Monsieur Berlioz, « un contrat d'adhésion est un contrat dont le contenu contractuel a été fixé, totalement ou partiellement, de façon abstraite avant la période contractuelle »¹¹⁴¹.

C'est ce qui semble se passer en matière de transport, ledit contrat ayant été établi à l'avance, c'est à dire avant que le chargeur n'entre en contact avec le transporteur. De plus, le connaissement est constitué par plusieurs clauses qui déterminent les termes du contrat de transport (responsabilité, obligations réciproques...). Ce sont des stipulations, c'est-à-dire « des clauses dont l'une des parties a indiqué qu'elles constituent pour elle une réglementation de l'éventuelle relation juridique qui n'est pas soumise à discussion »¹¹⁴².

¹¹³⁸ Alain Le Bayon, *Dictionnaire de droit maritime*, Presse Universitaire de Rennes, 2004, p. 72.

¹¹³⁹ Philippe Delebecque, *Le projet de Convention sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer*, op. cit. , p. 698.

¹¹⁴⁰ Il en est ainsi dans les articles 54 et 60 du projet.

¹¹⁴¹ Georges Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, LGDJ Paris, 2^{ème} éd. 1976, p. 27.

¹¹⁴² Georges Berlioz, *ibid.* , p. 30.

Le chargeur semble ainsi être un adhérent car il n'est pas en mesure de discuter les termes du contrat. A ce sujet, le Professeur Drobniig observe¹¹⁴³ « I therefore submit that the weaker party in the context is not necessarily the economically weaker party, but the non-drafting party, i.e. the one confronted by a contract of adhesion drafted by the other party »¹¹⁴⁴.

608. Le fait que l'armateur soit le rédacteur du contrat n'est pas le seul motif pour lequel celui-ci impose le contrat, la pré-rédaction du contrat, imposée pour des raisons de rapidité et d'augmentation des transactions joue aussi en sa faveur. En effet, Monsieur Berlioz écrit qu'« il faut réaliser la force d'inertie que représente le fait que les conditions préétablies soient imprimées. Le caractère définitif des clauses imprimées a pour conséquence que les parties n'y prêtent souvent pas attention et se résignent de toute façon, les considérant comme inéluctables, ignorant généralement que par des clauses manuscrites ou dactylographiées elles pourraient y déroger. »¹¹⁴⁵.

609. Ainsi si l'on revient à la distinction faite par le Professeur Frison-Roche entre consentement et volonté : « par la volonté, la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser elle même sa propre loi, sa liberté. Tandis que le consentement est signe d'une sorte de capitulation. Il y a toujours de l'aliénation dans un consentement »¹¹⁴⁶. En matière de transport international de marchandises par mer, la volonté semble émaner du transporteur tandis que le chargeur semble tout au plus consentir aux stipulations du contrat de transport¹¹⁴⁷.

610. Une combinaison de tous ces facteurs justifie alors les restrictions à la liberté contractuelle en matière de transport international de marchandises par mer par le moyen de Conventions internationales uniformes fixant des règles impératives.

La présence de ce corpus international impératif n'est-il pas un obstacle au rôle « uniformisateur » que pourraient jouer les contrats en matière de transport international de marchandises par mer ?

B – Un apport limité des connaissances standards à l'uniformisation du droit

¹¹⁴³ Ulrich Drobniig, *New Directions in International Trade Law*, Acts and Proceedings of the Second Congress on Private Law held by the International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT, Rome, 9-15 september 1976, Dobbs Ferry New York, 1977, p. 611.

¹¹⁴⁴ « J'affirme aussi que la partie la plus faible dans le contexte n'est pas nécessairement la partie la plus faible économiquement, mais la partie qui ne rédige pas, celle qui est confrontée à un contrat d'adhésion rédigé par l'autre partie », traduction personnelle.

¹¹⁴⁵ Georges Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, op. cit. p. 25.

¹¹⁴⁶ Marie-Anne Frison-Roche, *L'échange des consentements*, rapport de synthèse, Revue Juridique Commerciale, 1995, p. 154.

¹¹⁴⁷ Olivier Cachard, op. cit. , n° 81.

Les connaissances standards ont un apport limité à l'uniformisation du droit, cela est dû au fait qu'ils manquent d'autonomie juridique que ce soit par rapport aux conventions internationales ou aux droits nationaux. Ces connaissances standard manquent aussi d'autonomie sociale en ce qu'ils ne sont pas produits par un corps social homogène.

1) Un apport limité par le manque d'autonomie juridique

611. L'utilisation de contrats standards en matière de transport international de marchandises par mer ne semble pas un vecteur d'uniformisation du droit applicable à cette matière. En effet, souvent ces contrats, plutôt que de créer un corpus juridique adapté aux besoins des cocontractants, se contentent de renvoyer par une clause Paramount à une Convention internationale. Et même lorsqu'ils ne renvoient pas à une convention internationale, les transports pour lesquels ces connaissances standards sont stipulés y sont la plupart du temps soumis de plein droit. Le juge du for appréciera alors la validité des dispositions du contrat au regard de la convention internationale qui s'impose à lui¹¹⁴⁸.

612. Une autre raison plus profonde milite à l'encontre d'un quelconque rôle « uniformisateur » des contrats en matière de transport de marchandises par mer. Ceux-ci restent des conventions privées et à ce titre ne constituent pas un système juridique distinct du système juridique étatique, pour la raison que ces conventions émanent de particuliers qui « n'agissent pas comme membres d'un groupe distinct de la société globale »¹¹⁴⁹.

613. A l'instar de Monsieur Romano¹¹⁵⁰, il est possible d'affirmer qu'« un acte juridique, n'établissant que des rapports, ne suffit pas à faire naître un droit objectif »¹¹⁵¹ même si les actes juridiques « donnent naissance non seulement à des rapports, mais aussi à des normes qui règlent ces rapports et qui sont juridiques, dans la mesure où l'autonomie sur laquelle elles se fondent dérive de l'Etat et où celui-ci les sanctionne »¹¹⁵². Comme le souligne le Professeur Lagarde, en utilisant le contrat pour former un ordre juridique non étatique, le commerçant reste sous la protection de l'ordre étatique, car le contrat est une forme juridique connue du droit étatique et réglementée par lui. Ainsi juridiquement, l'ordre non étatique devient étatique

¹¹⁴⁸ Celle ratifiée ou adoptée par son Etat et qui réclame son application.

¹¹⁴⁹ Michel Van de Kerchove et François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF Paris, 1988, p. 190.

¹¹⁵⁰ Santi Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz Paris, 1975.

¹¹⁵¹ Ibid. p. 51.

¹¹⁵² Ibid. p. 51, n°2.

: « c'est parce que l'ordre étatique a prise sur le contrat que ce dernier pourra servir de moyen d'insertion dans l'ordre étatique des normes non étatiques. »¹¹⁵³.

614. Il est clair que le principe de l'autonomie de la volonté paraît être un mode autonome de production juridique puisque les parties ont la possibilité de prévoir le droit qui s'appliquera à leur litige. Cependant, cette production ne se réalise pas dans le cadre d'un système propre. A défaut d'une autonomie sociale, d'un « corps social » spécifique, on ne peut parler d'un système juridique propre¹¹⁵⁴. Un tel corps social existe-t-il en matière de transport international de marchandises par mer ?

2) Un apport limité par le manque d'autonomie sociale

615. Selon la théorie développée par Kelsen¹¹⁵⁵, l'accord de deux parties sur une même manifestation de volonté ne suffit pas, à lui seul, à créer une norme juridique contractuelle. Celle-ci n'est créée que parce qu'une norme juridique préexistante attribue au contrat la qualité de source du droit. En effet, nul n'est censé créer sa propre loi sans qu'il n'y ait de contrôle de la part d'un ordre juridique donné. C'est l'Etat qui établit l'espace laissé à l'autonomie des parties dans la réglementation de leurs rapports¹¹⁵⁶. Cette thèse est confirmée par le fait que personne ne pourrait créer un règlement contractuel prévoyant la solution pour toute question qui pourrait surgir ensuite car les parties étant en litige, l'identification de leur volonté commune pourrait être aussi source de difficulté.

616. Pour Messieurs Ost et Van de Kerchove, il ne fait pas de doute, en revanche, que « dans le cas de ce qu'on appelle des « règles corporatives », c'est-à-dire des règles édictées par un groupement privé pour ses membres, on se trouve en présence d'une telle entité sociale, et que ces règles sont dès lors susceptibles de former un système juridique distinct de l'ordre juridique étatique, système qu'on peut qualifier de « droit corporatif »¹¹⁵⁷ »¹¹⁵⁸.

En matière de transport maritime de marchandises, ces contrat-types sont-ils édictés par des groupements d'opérateurs ?

¹¹⁵³ Paul Lagarde, *Approche critique de la Lex Mercatoria* in *Le droit des relations économiques internationales*. Etudes offertes à Berthold Goldman, éd. Litec Paris, 1982, p. 141.

¹¹⁵⁴ Michel Van de Kerchove et François Ost, op. cit. , p. 192.

¹¹⁵⁵ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit.

¹¹⁵⁶ Joachim Bonell, *Modernisation and Harmonisation of Contract Law : Objectives, Methods and Scope*, Revue de droit uniforme, 2003-1/2, p. 91.

¹¹⁵⁷ Jean Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé*, Bruxelles, Bruylant ; Paris, Sirey, 1935.

¹¹⁵⁸ Michel Van de Kerchove et François Ost, op. cit. p. 192.

Comme il l'a été dit, on trouve des connaissances-types édictés par de tels organismes mais on trouve aussi des contrats propres à chaque armement. Dans ce cas, il s'agira de contrats d'adhésion¹¹⁵⁹. Il faut aussi souligner l'importance en la matière des transitaires qui vont permettre aux commerçants qui ne possèdent pas un service interne de transit d'expédier une marchandise par voie maritime. Le transitaire va préparer les documents indispensables au transport (note de mise à quai, connaissance...), transmettre ces documents au transporteur, puis la marchandise embarquée le transporteur retournera les documents au transitaire qui les tiendra à disposition du chargeur¹¹⁶⁰. La diversité des intervenants et l'hétérogénéité des transporteurs ne semble pas permettre l'existence d'un groupe social homogène. Reste à envisager si l'utilisation de la clause Paramount, clause contractuelle très fréquemment stipulée dans les contrats de transport international de marchandises par mer, réalise une uniformisation des pratiques contractuelles.

¹¹⁵⁹ La distinction entre contrats-types et contrats d'adhésion se fait selon leur origine. Pour le premier contrat il est issu de la pratique d'une entreprise isolée, généralement plus importante que son cocontractant, qui impose ses clauses contractuelles. S'agissant du contrat-type, celui-ci est généralement élaboré par un organisme représentatif de la profession, d'où il résulte une possibilité d'application à tous les cas particuliers.

¹¹⁶⁰ Pierre Bonassies et Christian Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ Paris, 2006, n° 933, p. 600.

Section II – L’uniformisation par l’insertion de clauses Paramount

617. Afin d’apprécier la pratique de l’insertion de clauses Paramount par les opérateurs dans leurs contrats de transport international de marchandises par mer, il est nécessaire de commencer par définir cette clause et d’examiner ensuite les conditions d’application de celle-ci (paragraphe 1). Ce n’est qu’ensuite qu’il sera possible d’apprécier un éventuel apport de cette clause à l’uniformisation du droit (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – De la définition de la clause Paramount à son application

618. L’étude du régime juridique de la clause Paramount oblige à se pencher sur son existence (A) et sur son application (B).

A – L’existence de la clause Paramount

619. L’existence de la clause Paramount soulève dans un premier temps le problème de la définition et de l’utilité de cette clause (1). Dans un deuxième temps, l’existence de la clause Paramount est, de façon logique, conditionnée par sa validité (2).

1) La définition et l’utilité de la clause

620. Une définition de cette clause (a) va permettre de comprendre son utilité (b).

a) La définition

621. S’agissant de la définition des termes, une clause, c’est une disposition particulière d’un acte juridique¹¹⁶¹. Le terme « Paramount » est un terme anglais qui signifie « suprême », « qui l’emporte sur tout »¹¹⁶². Le Professeur du Pontavice rappelle les origines de cette expression : « le Lord Paramount, c’était le suzerain, celui auquel les autres étaient soumis. La clause Paramount, c’est celle qui, dans une charte-partie ou un connaissement, est supérieure

¹¹⁶¹ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, op. cit.

¹¹⁶² Dictionnaire Anglais-Français « Harrap’s shorter », 2000.

aux autres clauses»¹¹⁶³. La doctrine en donne une définition générale : « clause suzeraine qui l'emporte sur tout dont l'objet est de définir la loi à laquelle le contrat est soumis »¹¹⁶⁴.

622. Ce rôle de désignation du droit applicable lui a été contesté par le Professeur du Pontavice qui, en 1962, récusait ce rôle de désignation du droit applicable et ne lui reconnaissait qu'un simple rôle de clause limitative de responsabilité : « son rôle principal est au contraire de limiter le plus possible les effets de la loi qui sera reconnue applicable et de faire jouer les clause du connaissance au maximum »¹¹⁶⁵.

Cette définition du Professeur du Pontavice est perfectible. Elle présente le mérite de souligner que l'effectivité de cette clause est soumise à la reconnaissance, par le juge compétent, de la loi d'autonomie comme règle de désignation applicable. D'un autre côté, cette clause est plus que cela ; c'est aujourd'hui la manifestation la plus évidente de la volonté que peuvent manifester les parties de soumettre leur contrat à la loi désignée par elles (il s'agit ici de la définition de Rodière pour qui la clause « définit la loi à laquelle le contrat est soumis »¹¹⁶⁶). Cette définition permet de discerner l'utilité de cette clause.

b) L'utilité

623. Les clauses Paramount sont particulièrement utiles pour fixer le régime juridique de tout ce qui n'entre pas obligatoirement dans une sphère légale existante.

La clause Paramount peut, par conséquent, être un moyen de parer à la désunification du droit applicable au transport maritime de marchandises. Sa présence est assez ancienne¹¹⁶⁷ mais n'est pas systématique même si des Conventions internationales (par exemple la CMR) ou des législations nationales (par exemple au Canada, la section 4 de la COGSA ou au Royaume-Uni (COGSA section 3)) prévoient que tout connaissance doit contenir une clause Paramount. Le CMI a écarté la proposition d'introduire dans le Protocole modificatif de la Convention de 1924 l'obligation pour les parties de stipuler une clause Paramount dans tous les connaissements créés dans les Etats contractants¹¹⁶⁸.

624. Cette clause est d'origine étrangère. On peut trouver de telles clauses depuis la dernière guerre mondiale. En voici deux exemples : le premier est une traduction en français

¹¹⁶³ Emmanuel du Pontavice, *A propos de l'arrêt « Loami Baldwin »*, DMF 1962, p. 447.

¹¹⁶⁴ Dictionnaire permanent, droit des affaires, 1ère partie, p. 1586, n°149.

¹¹⁶⁵ Emmanuel du Pontavice, *A propos de l'arrêt « Laomni Baldwin »*, DMF 1962, p. 441.

¹¹⁶⁶ René Rodière, *Traité général de droit maritime*, Tome II, Dalloz Paris, 1968, n°792.

¹¹⁶⁷ D'après Messieurs Bonassies et Scapel « dès les années trente, elle figurait dans nombre de connaissements », Pierre Bonassies et Christian Scapel, *Traité de droit maritime*, LGDJ Paris, 2006, n° 903, p. 580.

¹¹⁶⁸ Nathalie Soisson, *La liberté contractuelle dans les clauses du connaissance*, op. cit. , p. 93.

et le second est un modèle classique figurant fréquemment dans les connaissements d'armateurs français :

« Le présent connaissement prendra son effet sous réserve des dispositions de toute législation relative au transport des marchandises par mer qui incorpore les règles relatives aux connaissements, contenues dans la Convention internationale datée de Bruxelles le 25 août 1924, et qui est obligatoirement applicable au transport contenu dans le présent titre.

Cette législation sera considérée comme y étant incorporée, mais rien dans le présent titre ne sera considéré comme une renonciation par le transporteur à l'un quelconque de ses droits ou immunités, ou comme une augmentation de ses responsabilités ou obligations en vertu de ladite législation.

Si quelque condition que ce fut était incompatible, dans une mesure quelconque, avec toute législation incorporée par la présente clause, cette condition serait nulle dans cette mesure mais pas davantage. Rien dans le présent connaissement ne sera opérant pour limiter ou priver le transporteur de quelque protection statutaire que ce soit ou d'exemption ou de limitation de responsabilité ».

« Le présent contrat est régi par la loi du 18 juin 1966 ou par la Convention internationale du 25 août 1924 mais seulement dans les cas et limites où ces lois et Convention sont obligatoires pour les parties et, en plus, par les conditions et stipulations suivantes »¹¹⁶⁹.

625. Dans la pratique, cette clause renvoie à la Convention de Bruxelles de 1924, que ce soit dans sa version originelle ou modifiée. Elle peut aussi renvoyer à des législations nationales. Pourtant comme l'affirme Lord Denning, « dans le monde maritime international l'expression Paramount clause implique une signification univoque, c'est-à-dire celle d'une clause au moyen de laquelle est incorporée dans le connaissement ou dans la charte-partie, totalement ou partiellement, la normative uniforme en termes de responsabilité du transporteur, celle contenue dans les Règles de La Haye et de Visby, ou encore dans une loi nationale les mettant en vigueur »¹¹⁷⁰. Cette clause peut ainsi participer à une certaine uniformisation du droit applicable aux transports internationaux de marchandises. Il est important de noter que les dispositions d'une Convention internationale peuvent être mises en œuvre par d'autres procédés, sans passer par la méthode classique en droit international

¹¹⁶⁹ Léon Lavergne, *Les transports par mer*, remis à jour par G.H. Lafage, 5^{ème} éd. 1975, R. Moreux Paris, p. 114.

¹¹⁷⁰ Affaire Nea Agrex S.A. v. Baltic Shipping C^o Ltd. Raymond Achard, *Chronique de droit maritime italien*, DMF 1999, p. 59.

public qui est celle de la ratification par les Etats. La Convention de Bruxelles est souvent mise en œuvre par un procédé contractuel : l'insertion dans la plupart des connaissements d'une clause Paramount renvoyant à la Convention de Bruxelles. Il est ainsi déjà possible de voir que les opérateurs peuvent jouer un rôle dans la mise en œuvre de la législation internationale en matière de transport maritime de marchandises.

626. La clause Paramount joue, en outre, le rôle de clause « initiale ». Les clauses « initiales » sont celles qui sont, en général, en tête des conditions générales et indiquent les lois ou Conventions susceptibles d'être appliquées au contrat¹¹⁷¹. Les clauses « initiales » sont en principe rédigées de manière « à la fois prudente et ferme »¹¹⁷², et cela afin de respecter la législation en vigueur, mais aussi lorsque ces textes ne s'appliqueraient pas, de permettre au transporteur de retrouver, le cas échéant, sa liberté contractuelle (dans le sens qu'il serait libre de déterminer toute l'étendue de ses obligations).

En effet, le contrat de transport concerne au moins trois parties différentes : un chargeur qui confie une marchandise à un transporteur pour qu'il la livre à un destinataire. Mais, en réalité une seule personne rédige le contrat, le transporteur.

627. Le contrat de transport est très encadré par des règles impératives d'origines nationales ou internationales. Malgré cela il ne faut pas oublier que ce contrat reste un contrat consensuel dont la rédaction découle de la libre volonté des parties. Sans reprendre une vision révolue du déséquilibre contractuel en matière de transport maritime de marchandises, rappelons que ce sont les abus que faisaient les armateurs de leur puissance commerciale, en s'exonérant de toute responsabilité en cas de dommages subis par les marchandises durant l'exécution du contrat de transport, qui ont poussé les Etats-Unis (alors majoritairement pays de chargeur) à adopter le Harter Act favorable aux chargeurs. Puis les grands Etats maritimes à réaliser un compromis en élaborant et adoptant le premier texte obligatoire relatif au transport international de marchandises par mer : la Convention de Bruxelles de 1924.

628. On retrouve encore ce rapport de force. La réalité des forces économiques en présence anéantit souvent la pluralité des volontés dans la rédaction du contrat. Un contractant « fort » dicte sa loi à un contractant « faible » qui n'a d'autre choix que d'adhérer ou ne pas contracter¹¹⁷³ : le risque d'abus malsain n'est dès lors limité que par des préoccupations

¹¹⁷¹ Nathalie Soisson, *La liberté contractuelle dans les clauses du connaissement*, op. cit. , p. 62.

¹¹⁷² René Rodière, *Droit maritime*, Précis Dalloz Paris, 1967, p. 270.

¹¹⁷³ M. Bouquet de Jolinère : rapport sur *le contrat de transport : contrat d'adhésion*, in Congrès régional des Tribunaux de Commerce des 4, 5 et 6 juin 1998, Nice.

d'ordre purement commerciales¹¹⁷⁴. C'est notamment le cas pour nombre de pays exportateurs, en particulier quand ceux-ci ne disposent pas de flotte pour transporter leur production, et auquel cas, sont soumis à la pression des transporteurs tiers. Il est assez logique que le rédacteur du connaissement cherche à soumettre celui-ci à un régime juridique qui va dans le sens de ses intérêts.

Cette vision des rapports contractuels en matière de transport de marchandises par mer est classique et la liberté de la concurrence aboutit à valider de telles clauses entre professionnels¹¹⁷⁵ (le déséquilibre aurait pu être source de nullité au nom de la morale sociale entre professionnels et consommateurs).

Malgré cela lorsque la clause Paramount est remise en cause devant les tribunaux, le juge se doit de vérifier la validité de celle-ci.

2) La validité de la clause Paramount

629. De façon classique, il faudra s'attacher d'abord à l'étude des conditions de validité de forme de la clause Paramount (a) avant de s'attacher à celles de fond (b).

a) Les conditions de forme

630. Comme toute clause contractuelle ou comme tout contrat, la clause Paramount doit être rédigée de manière claire et précise, cette obligation est d'autant plus importante que cette clause est souvent rédigée en langues étrangères, ce qui peut constituer une difficulté pour le juge.

En ce qui concerne l'obligation de précision de la clause, celle-ci doit permettre de désigner avec certitude le droit applicable. En tout cas la législation applicable doit être individualisée ou individualisable de façon certaine¹¹⁷⁶, sinon le juge aura recours à d'autres règles que la loi d'autonomie pour désigner le droit applicable : il utilisera ses règles de droit international privé ou appliquera sa loi nationale.

L'obligation de clarté de la clause Paramount semble, elle, moins contraignante. Il est en effet fréquent que les clauses Paramount soient longues et lourdement rédigées, sans que ce style

¹¹⁷⁴ Frédéric Marcouyeux, *La clause Paramount*, mémoire pour le DESS de droit maritime et des transports sous la direction de Christian Scapel, Université d'Aix-Marseille 1998, p. 8.

¹¹⁷⁵ Cass. Civ. I des 3 et 30 janvier 1996, D 1996, 228.

¹¹⁷⁶ Une illustration en est donnée par un arrêt de la 2ème Chambre Civile de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence en date du 10/09/1992, DMF 1993, p. 349.

de rédaction soit sanctionné par les juges. En voici un exemple tiré d'un connaissance de lignes régulières approuvé par « The Baltic and International Maritime Conference ». L'article 2 intitulé « Clause Paramount Générale » stipule :

« le présent contrat sera soumis aux Règles de La Haye contenues dans la Convention internationale de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissances, telles qu'elles ont été promulguées dans le pays de chargement. Lorsque ces Règles ne seront pas en vigueur dans le pays de chargement, on appliquera la législation correspondante du pays de destination, mais en ce qui concerne les cargaisons pour lesquelles il n'y a pas de dispositions législatives obligatoirement applicables, ce sont les termes de ladite Convention qui devront s'appliquer.

Trafics où les règles de La Haye-Visby s'appliquent.

Dans les trafics où s'applique obligatoirement la Convention internationale de Bruxelles de 1924, telle qu'amendée par le Protocole signé à Bruxelles le 23 février 1968 - c'est-à-dire les Règles de La Haye-Visby -, les dispositions correspondantes seront considérées comme incorporées au présent connaissance. Le transporteur inscrit toutes les clauses autorisées par les textes applicables pour la période antérieure au chargement et postérieure au déchargement, pour le temps où les marchandises sont sous la garde d'un autre transporteur, les marchandises en pontée et les animaux vivants ».

631. Ceci constitue bien une illustration du fait que ces clauses sont parfois complexes. En cas de litige le juge devra rechercher quelle a été la volonté des parties¹¹⁷⁷.

Il ne suffit pas qu'une clause Paramount soit claire et précise pour être valable. Elle doit en outre au fond se rattacher à une loi.

b) Les conditions de fond

632. La clause Paramount permet une prorogation du champ d'application (spatial ou matériel) d'une convention. La jurisprudence pose toutefois certaines conditions, la première étant que les parties doivent se rattacher à la loi d'un Etat, la seconde que les parties ne peuvent remanier ou transgresser une convention internationale à laquelle elles font référence.

¹¹⁷⁷ Pierre-Yves Nicolas, *Les Règles de La Haye peuvent-elles encore s'appliquer aux transports internationaux de marchandises par mer stipulés au départ ou à destination des ports français ?*, DMF 1982, p. 579 et s.

-Rattachement du contrat à la loi d'un Etat

633. La Cour de cassation a posé le principe que « tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat »¹¹⁷⁸. Cet arrêt dit « messagerie maritime » rendu en matière de prêt international a une portée générale. Il en découle que la volonté des parties n'est pas autonome, que celles-ci doivent se référer à une loi. Cette exigence est une composante de la définition de la règle de conflit de lois en matière contractuelle. Une convention internationale simplement intégrée au contrat ne constitue pas un ordre juridique en elle-même, susceptible de régir le contrat. La Cour de cassation indique très clairement que le choix par les parties d'une convention internationale comme *lex contractus* ne satisfait pas à l'exigence de soumission du contrat à une loi. Cela signifie que les parties restent soumises à la loi étatique. La convention internationale désignée en dehors de son champ d'application est reléguée au simple rang de « document contractuel »¹¹⁷⁹. Le juge étatique devra rechercher la loi applicable au contrat selon les règles de conflit de lois du for, le choix effectué par les parties en faveur de la convention internationale n'ayant d'effet que dans la mesure où cette désignation couvre des questions supplétives de la volonté selon cette loi¹¹⁸⁰. Cette jurisprudence pourrait être amenée à évoluer puisque la proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux opérations contractuelles (Rome I), dispose en son article 3 paragraphe 2 que « les parties peuvent également choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire » (Com 2005, 650 final).

-Impossibilité de remanier ou de transgresser la Convention internationale choisie

634. Il ressort en outre de l'étude de la jurisprudence que les parties ne peuvent contractuellement transgresser ou remanier une convention internationale à laquelle elles feraient référence, et ce pour éviter de porter atteinte à l'intégrité du droit conventionnel. C'est ce qui appert d'un autre arrêt important en matière maritime, l'arrêt « Hilaire-

¹¹⁷⁸ Cass. Civ. 21/06/1950. D 1951, 749, note Hamel. JCP 1950, II 5812, note Lévy. Sirey 1952, I 1, note Niboyet. Cette jurisprudence pourrait être amenée à évoluer puisque la proposition de Règlement sur la loi applicable aux opérations contractuelles (Rome I), dispose en son article 3 paragraphe 2 que « les parties peuvent également choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire » (Com 2005, 650 final).

¹¹⁷⁹ Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien Paris 2001, n°125.

¹¹⁸⁰ Alexandre Malan, *L'extension du champ d'application d'une convention d'unification matérielle par la volonté des parties*, JDI 2004, p. 443-464, spé. p. 454.

Maurel »¹¹⁸¹ dans lequel la Cour de cassation décide que « les parties qui conviennent de soumettre le contrat qu'elles concluent à une Convention internationale ne peuvent écarter celles de ses prescriptions auxquelles, si la Convention internationale était applicable de plein droit, il ne saurait être dérogé à peine de nullité ». En d'autres termes, les parties ayant choisi de soumettre leur contrat à la convention ne peuvent écarter certaines de ses dispositions. La Cour de cassation fonde sa décision sur un principe général du droit international privé, principe qui vient condamner la théorie du contrat sans loi.

635. Ce principe interdisant aux parties de modifier le contenu d'une convention internationale apparaît justifié par le contenu même de la Convention de Bruxelles de 1924 qui dispose, à propos de la responsabilité du transporteur (principal point de discorde des parties), que « toute clause... dans un contrat de transport exonérant le transporteur... de toute responsabilité pour perte ou dommages, ou atténuant cette responsabilité autrement que ne le prescrit la présente Convention sera nulle, non avenue et sans effet »¹¹⁸². Ce principe doit être approuvé en ce qu'il permet de consolider l'uniformité : on doit prendre la convention en bloc telle que les parties contractantes l'ont voulu. Cette interdiction n'a cependant de portée que si l'instrument est applicable objectivement à leur contrat, puisqu'il tire sa force obligatoire d'un ordre juridique qui en prescrit la mise en oeuvre. Ainsi, ces dispositions ne semblent pas avoir vocation à s'appliquer aux cas où la convention est choisie par les parties comme loi d'autonomie. Dans ce cas, le seul obstacle au pouvoir de la volonté des parties ne pourrait être que la prise en compte de la cohérence et de la structure de la convention¹¹⁸³, interdisant aux parties de s'y référer tout en modifiant complètement son sens.

636. Le raisonnement de la Cour de cassation empêchant aux parties de porter atteinte à l'intégrité d'une convention prorogée devrait être transposable aux lois internes auxquelles les parties renvoient par la clause Paramount pour qu'elles puissent régir leur contrat. En effet, si la Cour de cassation décide qu'il est impossible pour les parties se référant contractuellement à une convention internationale d'en modifier le contenu, pourquoi le pourraient-elles pour une loi interne ?

Il semble cependant que la jurisprudence française en ait décidé autrement, il est possible d'en trouver une illustration s'agissant d'un transport qui n'était soumis impérativement ni à la Convention de 1924, ni à la loi de 1966 et dont le connaissance prévoyait clairement et expressément que « le contrat manifesté dans le présent connaissance est régi par la loi

¹¹⁸¹ Cass. Com. 04/02/1992, RCDIP 1992, p. 495, note Lagarde et DMF 1992, p. 289, note Lemaître.

¹¹⁸² Article 3-8 de la Convention de Bruxelles de 1924.

¹¹⁸³ Alexandre Malan, *L'extension du champ d'application d'une convention d'unification matérielle par la volonté des parties*, JDI 2004, p. 451 et s.

française à l'exception des dispositions contraires contenues dans les présentes ». La Cour d'appel de Rouen¹¹⁸⁴ a rejeté les dispositions impératives de la loi de 1966 pour valider la clause 6 alinéa 2 du connaissement selon laquelle « l'indemnité n'excédera pas FF. 2000 par colis ou unité - le conteneur empoté par le chargeur doit être considéré comme un seul colis ». La Cour a décidé que « ce transport ne relevait que des volontés conventionnelles des parties et en premier lieu des termes du contrat de connaissement... la loi française ne sera qu'un simple contrat d'adhésion, les clauses immédiatement lisibles sur le connaissement au moment de la signature primant toute autre dispositions (peut-être contradictoire) ; que ni la loi française ni la Convention internationale ne s'imposent aux parties au titre d'ordre public ; ... que la volonté des parties prévaut ».

Cette solution adoptée par la Cour d'appel de Rouen apparaît en contradiction avec la solution dégagée par la Cour de cassation dans l'arrêt navire « Hilaire-Maurel ». Dans l'espèce précitée, la Convention ne s'appliquait pas non plus au titre d'ordre public aux parties puisqu'elles choisissaient d'y rattacher leur contrat. On trouve une autre illustration jurisprudentielle de ce raisonnement. Il s'agit d'une affaire portant sur les Incoterms¹¹⁸⁵, ceux-ci résultant d'usages, et non de conventions internationales, mais étant détachés des ordres juridiques étatiques lorsqu'ils font l'objet d'une prorogation volontaire (comme d'ailleurs les conventions internationales). La Cour de cassation a cependant considéré, sur le fondement de l'autonomie de la volonté, que les parties pouvaient déroger sur certains points aux Incoterms choisis¹¹⁸⁶. Dès lors, on ne voit pas pourquoi selon que les parties feraient référence à une convention internationale ou à une loi applicable (ou à un usage). Dans un cas, elles pourraient écarter contractuellement certaines dispositions de celles-ci (auxquelles elles ne pourraient déroger si la loi ou la convention seraient applicables de plein droit) et dans l'autre, elles ne le pourraient pas. Par son arrêt « Hilaire-Maurel », la Cour de cassation a opté pour une analyse qui tend à reconnaître au droit conventionnel une force obligatoire *per se*, indépendamment de son intégration au sein d'un ordre juridique étatique. Pourtant une convention internationale est applicable en tant qu'elle a été ratifiée ou adoptée par des Etats. Elle prend donc place dans leur ordre interne au même titre qu'une loi d'origine nationale¹¹⁸⁷.

¹¹⁸⁴ Cour d'appel de Rouen, 17 décembre 1987, navire « Korean-Jacewon », DMF 1989, 440, obs. Bonassies et DMF 1990, 73, n° 50.

¹¹⁸⁵ Les Incoterms sont des définitions, élaborées par la Chambre de commerce internationale (CCI), des droits et obligations des parties pour chaque type de ventes, cf. Patrick Cordier, *Ventes maritimes*, Jurisclasseur Commercial, fascicule 1350, n°25 et s.

¹¹⁸⁶ Cass. Com. 2/10/1990, DMF 1991, p. 504.

¹¹⁸⁷ Même si sa valeur est souvent différente, ainsi en France, constitutionnellement, une norme d'origine internationale est supérieure aux lois.

Ce raisonnement peut être critiqué car une convention détachée de l'ordre juridique de l'Etat qui l'a ratifiée, n'a pas en elle-même la force obligatoire qui caractérise un ordre juridique. Une convention n'étant pas objectivement applicable, la convention peut être incorporée au contrat et devient une stipulation comme une autre¹¹⁸⁸. En vertu du principe de l'autonomie de la volonté, les parties auraient dû, dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, se voir reconnaître la liberté d'adapter l'instrument qu'elles ont choisi d'intégrer à leur contrat¹¹⁸⁹.

Il est, en effet, possible, à l'instar du Professeur Tassel, de se demander si, au fond, une référence purement contractuelle et très précisément délimitée ou finement ciselée à la Convention de Bruxelles ou à une autre Convention, ou voire si élaborer un connaissance qui, sans faire aucune référence à une Convention internationale, serait panaché de dispositions empruntées à une convention et d'autres clauses favorables au transporteur¹¹⁹⁰, ne saurait permettre d'écarter les dispositions impératives de celle-ci ? En effet, il n'apparaît pas certain à cet auteur maritimiste que les dispositions impératives d'une convention internationale gardent cette nature lorsque ladite convention est conventionnellement incorporée dans le contrat¹¹⁹¹.

Cette thèse, qui est celle de l'incorporation, semble en contradiction avec la solution dictée par l'arrêt « messagerie maritime » selon lequel tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat, mais aussi avec celle de l'arrêt navire « Hilaire-Maurel ». Effectivement, même sans une référence formelle expresse à une convention internationale, la clause Paramount en reprenant les dispositions s'y réfère aussi sûrement que si elle l'avait désignée comme loi de renvoi. La clause Paramount n'incorpore pas la convention au contrat mais soumet le contrat à la convention.

Sur le fond, il faudra rechercher s'il y a incompatibilité entre les stipulations du connaissance et les dispositions de la loi de renvoi. En cas d'incompatibilité, il y aura prééminence de la loi de renvoi. En effet, lorsque celle-ci est applicable de plein droit cela ne fait aucun doute, mais même lorsqu'elle ne l'est pas, ses dispositions impératives prévalent. C'est pourquoi la plupart des connaissances français prévoient que si l'une des conditions ou stipulation du connaissance serait prohibée par la loi désignée, elle serait considérée comme non écrite. Pour Rodière, ces dispositions sont motivées par la crainte de l'armateur d'une annulation du connaissance qu'il a rédigé et qu'il impose à ses chargeurs : « il ne veut pas se

¹¹⁸⁸ Pierre Mayer, *L'application par l'arbitre des conventions internationales en droit privé*, Mélanges Y. Loussouarn, Paris 1994, spé. p. 283.

¹¹⁸⁹ M. Lagarde, obs. sous l'arrêt de la Cour de cassation du 04/02/1992, op. cit., spé. p. 501.

¹¹⁹⁰ BTL du 23 mars 1992, n°2468, p. 202.

¹¹⁹¹ Yves Tassel, DMF 1994, p. 568.

dresser contre la loi impérative qui, à l'occasion, en suivant les éléments concrets du contrat, peut avoir à le régir. Il stipule donc les clauses qui lui conviennent, mais, redoutant leur annulation, il circonscrit le mal en précisant que l'annulation de telle ou telle clause n'entraînera pas celle des autres stipulations. La clause est à la fois prudente et ferme. »¹¹⁹².

637. Au vu de ces jurisprudences, il paraît clair que le renvoi par une clause Paramount à une convention (ou à une loi interne) interdit aux parties, à peine de nullité, d'écarter les dispositions de cette convention (ou de cette loi) auxquelles il ne saurait être dérogé si elle était applicable de plein droit. Il est ainsi possible d'en déduire que le renvoi à une convention ou à une loi nationale par une clause Paramount permettrait aux parties de déroger à ses dispositions qui ne présentent pas un caractère impératif¹¹⁹³.

Une telle situation s'est présentée dans une affaire jugée par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence¹¹⁹⁴ : il s'agissait d'un transport au départ d'un port du Pakistan¹¹⁹⁵ et à destination de Marseille. La Cour, repoussant la clause Paramount au profit de la loi française, refusa néanmoins au transporteur le droit d'invoquer la limitation de réparation édictée par ce texte et lui appliqua le plafond fixé par la Convention élue par les parties, plus avantageuse pour le chargeur. Et ce, au motif que si la loi de 1966 interdit au transporteur d'alléger sa responsabilité, elle ne lui interdit pas de l'aggraver. En conséquence, la clause Paramount, imposée par le transporteur et prévoyant l'application de la Convention de Bruxelles, n'était pas en contradiction avec la loi française dans la mesure où elle avait pour effet d'élever la limitation de responsabilité du transporteur au montant fixé par la Convention. Cette solution présente des implications très importantes. Elle permet d'une part aux parties de panacher les dispositions applicables à leur connaissance, d'autre part, il devrait être possible en vertu de ce principe d'appliquer en France les Règles de Hambourg, lorsque dans un transport au départ ou à destination de la France (et non soumis à la Convention de Bruxelles de 1924 dans une de ses différentes versions) une clause Paramount fait référence aux Règles de Hambourg. Celles-ci étant généralement plus sévère à l'égard du transporteur que la loi française, il s'agirait d'une clause de « sur-responsabilité » du transporteur qui semble admise.

638. Cette résultante du principe selon lequel on ne saurait écarter les prescriptions d'une Convention internationale qui, si la Convention était applicable de plein droit ne sauraient être déroguées à peine de nullité, dont il ressort que le transporteur peut toujours prévoir une

¹¹⁹² René Rodière, *Traité général de droit maritime*, op. cit., p. 436.

¹¹⁹³ Par exemple la Convention de Bruxelles de 1924 interdit les clauses du connaissance minimisant la responsabilité du transporteur (article 3-8) il devrait donc être possible d'aggraver sa responsabilité.

¹¹⁹⁴ Arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 09/06/1978, BT 1979, p. 47.

¹¹⁹⁵ Etat non-adhérent à la Convention de Bruxelles.

responsabilité plus lourde ou une réparation plus forte que celles qui sont prévues par la Convention désignée par la clause Paramount, ne semble pas être absolue.

Il est possible d'en voir une illustration dans un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 18 janvier 1994¹¹⁹⁶. Il s'agissait, en l'espèce, de marchandises transportées en pontée. Le connaissement contenait une clause Paramount soumettant ce transport à la Convention de Bruxelles qui est inapplicable aux marchandises déclarées dans le connaissement comme devant être mise sur le pont et y étant mises effectivement¹¹⁹⁷. Ici, si on suit le raisonnement développé précédemment, la Cour de cassation aurait dû appliquer la clause Paramount qui aurait aggravé la responsabilité du transporteur puisque la Convention de 1924 prohibe l'insertion des clauses de non-responsabilité alors que la loi française l'autorise pour les transports en pontée. Pourtant, la Cour de cassation écarte la clause Paramount et applique la loi française plus favorable au transporteur alors que ce n'était pas déroger à une clause d'ordre public que d'aggraver la responsabilité du transporteur. Cet arrêt apparaît critiquable puisque, ainsi que le remarque le Professeur Bonassies, il semble contraire à l'esprit d'unification du droit du transport maritime car « un législateur, même international, est toujours heureux que les contractants adhèrent volontairement au régime établi par lui, et l'on ne peut que souhaiter voir le juge favoriser semblable adhésion, laquelle va dans le sens de l'unification internationale du droit maritime »¹¹⁹⁸.

639. Ces deux arrêts (l'arrêt navire « Hilaire-Maurel » et celui de la Cour de cassation du 18 juin 1994) semblent ainsi en contradiction. Il est cependant possible d'en tirer la conséquence juridique que la convention élue par les parties ne peut s'appliquer à des opérations qu'elle-même exclut de son domaine. La convention choisie s'applique, de ce fait, dans ses propres limites.

640. Le problème de la validité de la clause Paramount amène naturellement celui de son application. Il est, en effet, nécessaire de vérifier que la clause Paramount peut entrer en application au regard du droit international privé et des Conventions internationales applicables spécialement au transport de marchandises par mer.

C'est pour cela qu'une étude préalable de ses conditions d'application s'impose avant de se demander si cette technique contractuelle ne permet pas aux parties de dépasser le manque

¹¹⁹⁶ DMF 1994, p. 551.

¹¹⁹⁷ Article 1er c) de la Convention de Bruxelles : « « Marchandises » comprend biens, objets, marchandises et articles de nature quelconque, à l'exception des animaux vivants et de la cargaison qui, par le contrat de transport, est déclarée comme mise sur le pont et, en fait, est ainsi transportée ».

¹¹⁹⁸ Pierre Bonassies, *Le droit positif français en 1994*, DMF 1995, p. 55.

d'uniformité juridique causé par la multiplicité de Conventions internationales ou de législations internes ayant vocation à s'appliquer.

B – L'application de la clause Paramount

641. La question de la désignation du droit applicable par la clause Paramount doit d'abord être étudiée (1) avant de se pencher sur la question de l'opposabilité de celle-ci (2).

1) La désignation du droit applicable par la clause

642. Cette clause est une manifestation de la volonté des parties. Or, le transport international de marchandises par mer est un domaine où prédomine une réglementation matérielle qui se veut uniforme (différentes Conventions). De ce fait, la loi d'autonomie peut-elle constituer une règle de désignation du droit applicable ?

Afin de répondre à cette question, une distinction sera faite entre deux situations : la première situation dans laquelle on se trouve en dehors du domaine régi impérativement par une Convention internationale applicable (a), et la seconde dans laquelle une de ces Conventions est applicable (b).

a) Lorsqu'aucune Convention d'unification du droit substantiel n'est applicable

643. Lorsqu'on se trouve en dehors du domaine régi impérativement par une Convention d'unification du droit substantiel¹¹⁹⁹, la clause peut être tenue en échec par une législation nationale impérative. En France, elle est a priori valable sous certaines restrictions.

- Le principe de la validité de cette clause.

644. Celle-ci est, en effet, valable selon la Convention de Rome du 19 juin 1980 (Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles)¹²⁰⁰ qui proclame dans son article 3-1 que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties ». Ce texte, en vertu de la supériorité des traités internationaux sur les lois¹²⁰¹, se trouve au sommet de la hiérarchie des

¹¹⁹⁹ Convention de Bruxelles dans une de ses différentes versions ou Règles de Hambourg.

¹²⁰⁰ Cette Convention est entrée en vigueur en France depuis le 1^{er} avril 1991 (cf. supra n° 372 et s.).

¹²⁰¹ Article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958.

normes. Il consacre la loi d'autonomie comme étant la règle de principe de désignation du droit applicable aux relations contractuelles internationales.

645. Par cette désignation les parties ne peuvent pas choisir une loi qui n'aurait aucun rapport avec les éléments divers du contrat, au point que cette désignation apparaisse artificielle ou arbitraire¹²⁰². Les parties choisissent la loi applicable car ils sont maîtres du choix des éléments réels de la localisation du contrat tels que le lieu de départ ou de destination, celui d'émission du connaissance. C'est par ce biais que s'opère leur volonté¹²⁰³. La Convention de Rome contient pourtant d'autres restrictions qui permettent de se demander si une clause Paramount intégrée dans un connaissance aura vocation à s'appliquer dans tous les cas.

- La limite de l'article 16 de la Convention de Rome

646. L'article 16 de la Convention de Rome¹²⁰⁴ énonce que l'application d'une disposition de la loi désignée par la Convention « ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for »¹²⁰⁵. La conformité avec l'ordre public international du for doit être appréciée in concreto. Le texte précise bien que l'application de la loi étrangère doit être « manifestement » contraire avec l'ordre public du for. Il est possible d'en déduire que la non-conformité doit être indiscutable, évidente. Il faut encore préciser que ce recours qui peut être utilisé par les juges ne devra l'être qu'en toute dernière extrémité¹²⁰⁶.

647. La France étant partie à la Convention de Bruxelles dans ses différentes versions, celle-ci ne peut heurter son ordre public international du for. Il en va de même de la loi interne française de 1966. Il en résulte que peuvent heurter l'ordre public international français soit une disposition d'une Convention internationale non-ratifiée ou non-approuvée par la France (c'est le cas des Règles de Hambourg), soit une disposition d'une loi nationale étrangère désignée par la clause Paramount comme étant la loi applicable au contrat de transport.

Ce problème se pose avec acuité dans le cas d'un transport pour lequel la Convention de Bruxelles (dans une de ses différentes versions) n'est pas applicable de plein droit et où le

¹²⁰² Il s'agit de l'article 3 paragraphe 3 de la Convention. Cet article cesse d'être applicable dès lors qu'un seul élément d'extranéité s'introduit non frauduleusement dans le rapport. Gian Paolo Romano, *Le choix des principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives*, JDI 2007 n° 2, p. 447.

¹²⁰³ Paul Lerebours-Pigeonnière et Yvon Loussouarn, *Droit international privé*, Dalloz Paris, 1959, n° 353-D.

¹²⁰⁴ Cf. l'étude de la Convention de Rome supra n° 372 et s.

¹²⁰⁵ Bernard Audit, *Droit international privé*, Economica Paris, 3ème édition 2000, p. 698.

¹²⁰⁶ Jurisclasseur Europe 1996 (Tome 7), Fasc. 3201, *La Convention de Rome du 19 juin 1980*, p. 14.

connaissance contient une clause Paramount dans laquelle les parties désignent les Règles de Hambourg comme loi applicable à leur contrat. En effet, dans ce cas il est possible de se demander si certaines dispositions de cette Convention internationale ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international.

648. Entre autres dispositions pouvant poser problème, il est possible d'évoquer l'article 4 des Règles de Hambourg¹²⁰⁷ qui renvoie sans restriction aux conditions prévues au contrat pour définir les modalités de livraison de la marchandise. Cet article semble, de ce fait, autoriser le transporteur à insérer dans ses connaissements une clause stipulant que la marchandise pourra juridiquement être mise à la disposition du destinataire même avant la fin du déchargement, clause interdite tant par la loi de 1966 que par la Convention de Bruxelles de 1924.

Il est ainsi possible de se demander si, dans cette hypothèse, les tribunaux français mettraient en œuvre la notion d'ordre public international afin de sanctionner une telle clause, et ce d'autant qu'un arrêt de la Cour de cassation en date du 11 mai 1999 a adopté une notion restrictive de l'ordre public international¹²⁰⁸.

Une autre interrogation subsiste. En admettant qu'un juge français reconnaisse la non-conformité d'une telle clause avec l'ordre public international du for, faut-il juste sanctionner cette disposition en question ou écarter la clause Paramount et au travers de celle-ci l'ensemble des Règles de Hambourg ?

649. S'agissant toujours des dispositions de l'article 16 de la Convention de Rome, celles-ci pourraient-elles être utilisées par les juges français pour « sauver les dispositions de l'article 16 de la loi du 18 juin 1966¹²⁰⁹ » ? En effet, en décidant d'écarter une clause Paramount désignant une loi interne étrangère ou les Règles de Hambourg pour un transport au départ ou à destination d'un port français, et ce sous le couvert de non-conformité avec l'ordre public international français, le juge français pourrait appliquer la loi de 1966 à ce transport. Il semble que cela soit impossible car la Convention de Rome n'autorise pas le

¹²⁰⁷ « ... il en effectue la livraison... ii) dans les cas où le destinataire ne reçoit pas les marchandises du transporteur, en les mettant à la disposition du destinataire conformément au contrat... » article 4 2-b des Règles de Hambourg.

¹²⁰⁸ Il s'agissait en espèce d'un problème de responsabilité délictuelle, la Cour de cassation a refusé de substituer la loi française à la loi écossaise même si cette dernière soumet l'obligation de réparer le dommage à plus de conditions que la loi française. Pour la Cour de cassation, même si l'indemnisation des victimes d'actes fautifs a valeur constitutionnelle, cette disposition de la loi écossaise n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international.

¹²⁰⁹ L'article 16 alinéa 1 de la loi du 18 juin 1966 dispose que : « le présent titre est applicable aux transports, effectués au départ ou à destination d'un port français, qui ne sont pas soumis à une Convention internationale à laquelle la France est partie, et en tout cas aux opérations de transport qui sont hors du champ d'application d'une telle Convention ».

tribunal d'un Etat membre à substituer, dans son entier, sa loi nationale à la loi normalement applicable¹²¹⁰. Elle permet seulement au juge d'écarter une disposition spécifique de la loi normalement applicable, comme « manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

La réponse à la question soulevée par la validité de la clause Paramount par rapport à l'article 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, reste incertaine. Sa conformité avec l'article 7 de la Convention de Rome l'est tout autant.

- La limite de l'article 7 de la Convention de Rome

650. L'alinéa 2 de l'article 7 de la Convention de Rome concerne les lois de police. Il énonce que « les dispositions de la présente Convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ». Cet article pose le problème de la confrontation entre les lois nationales d'application immédiate, telles les dispositions de l'article 16 alinéa 1 de la loi du 18 juin 1966, et la loi d'autonomie que constitue la clause Paramount.

Or, ici l'hypothèse qui est visée est celle justement où le transport en question se trouve en dehors du champ d'application d'une Convention matérielle et a fortiori d'aucune Convention internationale à laquelle la France est partie. Si on respecte la règle de compétence unilatérale (la loi de 1966 délimite unilatéralement son champ d'application¹²¹¹) posée par l'article 16 de la loi de 1966. La loi interne française a vocation à s'appliquer aux transports effectués au départ ou à destination d'un port français.

Il est toutefois possible de se demander si cette disposition de la loi française est compatible avec la Convention de Rome puisque celle-ci fait obligation au juge de rechercher dans un premier temps la loi applicable au contrat selon les mécanismes donnés dans la Convention. Ce n'est que dans un second temps, en application de l'article 7 de la Convention de Rome, que le juge constatant qu'il existe dans son système juridique des textes qui régissent impérativement la situation en cause, les substituent à la loi applicable. Alors que la loi française fait obligation au juge d'appliquer directement, et sans analyse, la loi française à un transport effectué au départ ou à destination d'un port français. Il semble, de ce fait, y avoir incompatibilité entre ces deux textes. Le texte d'origine conventionnelle ayant une valeur supérieure, il faut appliquer ses dispositions en dépassant l'analyse exégétique.

¹²¹⁰ Il est cependant possible de se demander si en vertu de l'article 7-2 une telle possibilité n'est pas offerte celui-ci parlant de « ... règles de la loi du pays du juge... ».

¹²¹¹ René Rodière, *Traité général de droit maritime*, op. cit. , n°793.

Cette disposition de la Convention de Rome, autorisant les Etats à substituer leur loi impérative à la loi normalement applicable, a été adoptée, car les Etats n'auraient pas accepté que la Convention impose aux juges l'obligation de méconnaître leur loi impérative. Concrètement, le juge français, dans ce cas de figure, ne recherchera pas quelle est la loi normalement applicable car il appliquera de façon quasi-automatique la loi française de 1966. Maître Bonnaud confirme cette analyse : « une clause Paramount visant la Convention de Bruxelles non modifiée ne sera pas susceptible de s'appliquer à un transport international, au départ ou à destination de la France, car c'est la loi française qui s'appliquera ; une clause du connaissance ne pouvant prévaloir sur les dispositions d'ordre public de la loi de 1966, article 16, §1er »¹²¹².

651. Pourtant une telle analyse est critiquable. En effet, la Convention de Rome donne au principe de la loi d'autonomie la valeur de désignation du droit applicable au contrat lorsque la volonté des parties s'est exprimée. L'adoption par les parties d'une clause Paramount constitue bien une manifestation de volonté. La clause Paramount a dès lors une valeur supra-législative (et de ce fait supérieure à la loi interne de 1966), les dispositions de la Convention de Rome venant enrichir la valeur juridique de cette stipulation. En suivant un strict raisonnement juridique, il faut admettre, s'agissant d'un transport à destination ou au départ d'un port français et non soumis à la Convention de Bruxelles dans une de ses différentes versions, qu'un tribunal français doit écarter une disposition exonérant le transporteur de toute responsabilité ou fixant une limitation de responsabilité dérisoire¹²¹³. En revanche un tribunal français ne devrait pas pouvoir substituer totalement la loi française à la loi normalement applicable¹²¹⁴, c'est pourtant ce qu'il peut faire en vertu de l'article 7-2 de la Convention de Rome.

652. Cette disposition fait ainsi échec à l'autonomie de la volonté des parties et peut être source d'incertitude pour les parties qui, croyant assurer une prévisibilité du droit applicable à leurs relations, se trouvent soumises à de telles dispositions nationales unilatérales. On trouve confirmation de cette incidence de la loi française sur la clause Paramount dans un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence en date du 20 avril 1990¹²¹⁵. Il s'agissait dans cette espèce d'un transport sous connaissance entre le Maroc et la France comportant une clause Paramount prévoyant l'application du Code de commerce maritime marocain. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a estimé qu'en raison du caractère impératif de l'article 16 de la

¹²¹² Jacques Bonnaud, *quelques décisions...*, Scapel 1993, p. 92.

¹²¹³ Le juge français se fondera pour cela sur l'article 16 de la Convention de Rome.

¹²¹⁴ Pierre Bonassies, *droit positif français en 1991*, DMF 1992, p. 5.

¹²¹⁵ BT 1991, p. 133.

loi française, les parties ne peuvent y déroger. Il en résulte que la loi française régit le contrat et que la clause Paramount est nulle. Il semble en effet assez logique que la volonté des parties ne puisse aller à l'encontre d'une disposition d'ordre public international comme l'est l'article 16 de la loi de 1966.

653. Il est ainsi possible de conclure s'agissant de la validité de la clause Paramount en l'absence de texte d'origine conventionnelle impérativement applicable, que celle-ci s'efface devant une loi interne impérativement applicable, mais qu'en l'absence de celle-ci elle est valable. En effet, « aucune prescription tirée du seul droit conventionnel, ni même du droit international, n'impose de restrictions au pouvoir de la volonté contractuelle, dans la mesure où les conventions internationales n'ont pas de force obligatoire indépendamment des ordres juridiques internes des Etats les ayant ratifiées »¹²¹⁶.

Par conséquent, les parties peuvent proroger volontairement le champ d'application d'une Convention « unifiante », et ce tant en étendant son domaine spatial que temporel dans les limites de dispositions internes impératives ayant vocation à s'appliquer.

Qu'en est-il maintenant de la validité des clauses Paramount en présence d'une disposition conventionnelle d'origine internationale impérativement applicable ?

b) Lorsqu'une Convention d'unification du droit substantiel est applicable

654. Il s'agit ici soit de la Convention de Bruxelles dans une de ses versions, soit des Règles de Hambourg.

655. En ce qui concerne, d'abord, la Convention de Bruxelles dans sa version originelle, lorsque celle-ci est applicable. Une clause Paramount qui écarterait l'application de cette Convention au profit d'une autre ou au profit d'une législation nationale n'aurait aucune portée juridique. En effet, la Convention de Bruxelles est d'application impérative pour les pays l'ayant adoptée ou ratifiée et ce dès lors que le connaissance est émis dans un Etat contractant¹²¹⁷. Il n'y a, par conséquent, pas lieu de consulter la volonté des parties. Il en résulte que si la clause désigne une législation nationale, celle-ci s'efface, pour le juge français devant les Conventions internationales impératives qu'il doit mettre en oeuvre dès

¹²¹⁶ Alexandre Malan, *L'extension du champ d'application d'une convention d'unification matérielle par la volonté des parties*, JDI 2004, p. 464.

¹²¹⁷ Article 10 de la Convention de Bruxelles.

que les conditions d'applications sont réunies¹²¹⁸, et la Convention de Bruxelles en est une. Il semble pourtant que la Cour de cassation ait récemment abandonné l'obligation pour les juges d'appliquer d'office le droit privé d'origine conventionnelle¹²¹⁹. Il n'en est rien en ce qui concerne les Conventions d'unification du droit substantiel, comme le sont les Conventions sur le transport international de marchandises par mer. En effet, dans cette matière, la Cour de cassation fait obligation au juge d'appliquer une convention d'unification du droit substantiel ratifiée par l'Etat du for¹²²⁰.

656. A propos ensuite de la Convention de Bruxelles de 1924 dans sa version modifiée par le Protocole du 23 février 1968, le champ d'application de la Convention originelle est modifié par l'article 5 du Protocole. Le nouvel article 10 de la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1968 dispose que « les dispositions de la présente Convention s'appliqueront à tout connaissance relatif à un transport de marchandises entre deux ports relevant de deux Etats différents, quand : ... c) le connaissance prévoit que les dispositions de la présente Convention ou de toute autre législation les appliquant ou leur donnant effet régiront le contrat, quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, du chargeur, du destinataire ou de toute personne intéressée. ». Cette nouvelle rédaction ne se contente pas d'élargir considérablement le domaine d'application de la Convention originelle mais reconnaît de manière claire la possibilité, pour les parties, de choisir la législation applicable à leur contrat par le biais de la clause Paramount. En effet, cette Convention est applicable si les parties l'ont intégrée à leur connaissance par une clause Paramount. Peu importe à cet égard que le connaissance ou le transport n'aient pas de liens avec un Etat contractant.

Précisons simplement que si ce texte marque la reconnaissance explicite de la loi d'autonomie comme règle de désignation, c'est à la condition que cette clause désigne la Convention de 1924 modifiée. Une clause renvoyant à la Convention de Bruxelles dans sa version originelle serait inapplicable. Un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence en date du 9 juin 1978¹²²¹ a statué en ce sens. Cette position a été confirmée en 1993 : « la volonté des particuliers ne

¹²¹⁸ Cass. Com. 23 mai 1993, RCDIP 1993, p. 461, obs. Jean Pierre Remery. Cela du fait de la supériorité des traités auxquels la France est partie sur les lois et d'autre part au delà de cette justification constitutionnelle, car il n'appartient pas au juge de faire encourir à l'Etat le risque d'une mise en jeu de sa responsabilité internationale, ce qui ne manquerait pas d'être le cas si les parties pouvaient demander au juge de ne pas appliquer le droit conventionnel.

¹²¹⁹ Arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation en date du 26 mai 1999, RCDIP 1999, p. 707, obs. Horatia Muir-Watt.

¹²²⁰ Cass. Civ. I 26 juin 2001, RCDIP 2002, . 93, obs. Horatia Muir-Watt.

¹²²¹ BT 1979, p. 47.

peut permettre d'écarter la loi française par l'effet d'une clause Paramount se référant à la Convention de 1924 ne prévoyant pas pareille faculté »¹²²².

Pourtant il est possible de trouver une jurisprudence de la Cour d'appel de Montpellier¹²²³ (navire *Zambezi*) aboutissant à la solution exactement inverse. Il s'agissait d'un transport à destination de la France et en provenance des Philippines qui est un Etat n'ayant pas adhéré à la Convention de Bruxelles. Le connaissement contenait une clause prévoyant, lorsque le chargement avait lieu dans un port d'un pays qui n'avait pas adhéré à la Convention de Bruxelles (ce qui est le cas), qu'il y serait renvoyé pour les chargements auxquels la loi du pays de destination ne serait pas obligatoirement applicable. La clause précisait expressément que « les Règles de La Haye contenues dans la Convention internationale pour l'unification de certaines règles sur les connaissements datant du 25 août 1924 à Bruxelles, comme applicables aux pays de chargement seront applicables à ce contrat. Quand de telles dispositions ne s'appliqueront pas dans le pays de chargement la législation correspondante du pays de destination s'appliquera, mais en ce qui concerne les chargements auxquels de telles dispositions ne sont pas contractuellement applicables, les termes de la convention s'appliqueront ».

Les parties se référaient bien à la Convention originelle qui ne prévoit pas comme hypothèse d'application la présence d'une clause Paramount. Le transport ayant lieu à destination de la France, l'article 16 de la loi de 1966 trouve à s'appliquer. La Cour d'appel de Montpellier déclare cependant que la loi française devait céder le pas sur la clause Paramount qu'elle valide selon l'article 10 nouveau de la Convention de Bruxelles révisée. En effet, pour la Cour d'appel la loi française ne peut être considérée comme « obligatoirement applicable ». Cet arrêt de Cour d'appel fut confirmé par la Cour de cassation¹²²⁴. Pourtant, cette solution n'est pas logique. Il semble souhaitable que la juridiction suprême intervienne pour harmoniser la jurisprudence dans le sens des arrêts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence.

Il résulte du nouveau champ d'application de la Convention de Bruxelles révisée que « comme la clause Paramount est extrêmement répandue, de très nombreux transports à destination de la France qui étaient soumis à la loi française sont aujourd'hui soumis à la Convention amendée, ne laissant qu'une place résiduelle à la loi de 1966 »¹²²⁵. En effet, la loi

¹²²² Arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 10/12/1993.

¹²²³ Arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 04/12/1986, DMF 1988, p. 376.

¹²²⁴ Cass. Com. 13/06/1989, DMF 1989, p. 526, obs. Pierre Bonassies.

¹²²⁵ Observation de Roger Parenthou lors d'une réunion sur le Protocole de 1968 au sein de la Commission des affaires maritimes et des transports, Revue Scapel 1978, p. 37.

française s'efface devant cet ordre public international supérieur¹²²⁶. Insérée dans un connaissance, la clause Paramount qui renvoie à la convention de Bruxelles révisée, fait entrer le contrat dans le champ d'application de la Convention dont elle prend du même coup le caractère impératif, elle prime ainsi sur la loi française, fut-elle d'ordre public.

La loi française n'a plus vocation à s'appliquer qu'à des transports maritimes de marchandises au départ ou à destination d'un port français quand aucun connaissance n'a été émis (par exemple lorsque aucun connaissance n'a été émis au début du chargement et ce pour des raisons pratiques), ou lorsqu'un connaissance a été émis et qu'aucune des Conventions maritimes ratifiées ou adoptées par la France n'est applicable.

657. Au sujet maintenant de la modification de la Convention de Bruxelles de 1924 par le Protocole du 21 décembre 1979, celui-ci n'ayant pas modifié le champ d'application de la Convention de 1924 dans sa version de 1968, il faut renvoyer aux développements précédents.

658. Le dernier texte international applicable dans la matière étudiée est la Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg) du 30 mars 1978. Ce texte est ambitieux. Il a vocation à régir l'ensemble du transport maritime de marchandises et ce, en assurant une meilleure protection juridique des chargeurs que celle assurée par les Conventions précédentes¹²²⁷. Dès lors, un large domaine d'application s'avère nécessaire, c'est ce que concrétise l'article 2. Il est surtout intéressant pour ces développements de relever que l'article 2 prévoit que « 1. Les dispositions de la présente Convention s'appliquent à tous les contrats de transport par mer entre deux Etats différents lorsque : ... e) le connaissance ou autre document faisant preuve du contrat de transport par mer prévoit que les dispositions de la présente Convention ou celles d'une législation nationale leur donnant effet régiront le contrat ».

On trouve ici un mécanisme analogue à celui figurant dans la Convention de Bruxelles de 1924 révisée.

Les Règles de Hambourg consacrent aussi le rôle de la volonté des parties en permettant aux parties de soumettre leur transport au régime des Règles de Hambourg.

Il est pourtant surprenant de constater que le projet de Convention CNUDCI ne prévoit plus l'hypothèse des clauses Paramount. Ses versions antérieures prévoyaient que la Convention

¹²²⁶ Andrée Chao, *Clause Paramount, quand la loi française interfère*, BTL du 19/12/1994, n° 2593, p. 900.

¹²²⁷ Christian Scapel, *Les réformes apportées par les Règles de Hambourg à la responsabilité du transporteur maritime*, Revue Scapel 1992, p. 111.

était applicable si « le contrat de transport prévoit que cet instrument ou la loi d'un Etat lui donnant effet régira le contrat »¹²²⁸. Le champ d'application du projet tel qu'il va être examiné lors de la dix-neuvième session du groupe de travail à New York du 16 au 27 avril 2007 ne prévoit plus l'hypothèse des clauses Paramount. Il semble que cette exclusion soit définitive, cette partie de la Convention n'étant plus discutée¹²²⁹. Cet exclusion est surprenante car ce projet devait renforcer la liberté contractuelle, or permettre aux parties de rendre cette Convention applicable à leur transport paraît justement aller dans ce sens (il faut cependant admettre que le champ d'application du projet de Convention est déjà large, ces clauses n'auraient pas eu un impact énorme). Les parties pourront toujours incorporer les termes de la Convention dans leur contrat de transport mais ceux-ci s'appliqueront sous réserve des limites imposées par la loi applicable.

659. Il est déjà possible à ce stade des développements de constater que la généralisation des clauses Paramount dans les connaissances¹²³⁰ a été prise en compte par les rédacteurs des textes internationaux matériels existants qui leur donnent pleine valeur juridique. La clause Paramount est ainsi susceptible de constituer un mode de désignation du droit applicable. Elle a une valeur juridique reconnue au plan national et international. Il va pourtant falloir vérifier si celle-ci est admise largement en se penchant sur les conditions de son opposabilité.

2) L'opposabilité de la clause Paramount

660. Quelles sont les personnes qui peuvent se voir opposer la clause Paramount et à quelles conditions ? Celle-ci ayant été rédigée par le transporteur, il peut s'agir soit du chargeur (a) soit du destinataire (b).

a) L'opposabilité au chargeur

¹²²⁸ Traduction de l'auteur. Cette hypothèse était présente dans les différentes versions sur le champ d'application du projet de Convention telle qu'il devait être examiné lors de la treizième session du groupe de travail à Vienne du 6 au 17 octobre 2003. A/CN.9/WG.III.WP.32.

¹²²⁹ Le Projet d'instrument de la CNUDCI devait lui aussi reconnaître la possibilité pour des parties de soumettre leur transport à ce texte par le biais d'une clause Paramount : article 2-e du Projet de Convention CNUDCI sur le transport maritime de marchandises tel qu'il résulte de la 12^{ème} session du groupe de travail III, Vienne 6 au 17 octobre 2003. La version modifiée du projet de Convention (telle qu'elle a été étudiée à Vienne des 14 au 25 janvier 2008 ne fait plus mention des clauses Paramount. Il a en effet été décidé lors de la 17^{ème} session du groupe de travail (New York, 3-13 avril 2006) de supprimer cette possibilité.

¹²³⁰ Frédéric Marcouyeux, *La clause Paramount*, op. cit. , p. 30.

661. Selon la vision traditionnelle du droit du transport maritime, le chargeur se voit imposer la clause Paramount par le transporteur. Or, si le droit normalement applicable lui est plus favorable que celui désigné par la clause, il va essayer de la rendre inopposable. Pour savoir si celle-ci est ou non opposable, il faut se demander si elle est une clause dérogatoire au droit commun. Cette clause, pour être opposable, devra ensuite être lisible, connue et acceptée.

- La question du caractère dérogatoire au droit commun de la clause

662. Reconnaître que la clause Paramount est dérogatoire au droit commun serait un motif d'annulation de celle-ci, la jurisprudence s'est en effet prononcée en ce sens.

A l'occasion d'un transport entre la Thaïlande (lieu d'émission du connaissement) et le Gabon qui ne sont liés par aucune des Conventions internationales régissant le transport de marchandises par mer, une clause Paramount insérée au contrat désigne la Convention de 1924 dans sa version originelle comme applicable au transport. La 5ème Chambre de la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 30 novembre 1993¹²³¹, décide qu' « à défaut d'application de plein droit de la Convention de Bruxelles, faute de ratification de ce traité par la Thaïlande¹²³². Il y a lieu pour la détermination de la loi applicable, de rechercher d'abord la volonté des parties, puis de recourir aux règles de droit commun. Considérant que selon le droit commun, la loi applicable apparaît comme étant celle du lieu d'exécution du contrat, soit la loi gabonaise (lieu de livraison) ».

En effet, la Convention de Bruxelles, dans sa version originelle, n'est pas applicable au transport, la Thaïlande, pays d'émission du connaissement, n'ayant pas ratifié ou adopté la Convention de Bruxelles (article 10 de la Convention). De cette constatation selon laquelle la Convention désignée ne s'applique pas de plein droit, la Cour d'appel conclut au caractère dérogatoire au droit commun de la clause et, par conséquent, à son inapplicabilité.

Cette solution est profondément illogique pour plusieurs raisons. D'abord si la loi d'autonomie désignée devait, pour être valable, être applicable de plein droit, quel serait l'intérêt de cette clause Paramount puisque de toute façon le texte désigné serait normalement mis en œuvre ? C'est ce que souligne le Professeur Tassel : « n'est-ce pas aller un peu loin, car si la Convention avait été obligatoirement applicable, la clause n'avait pas lieu d'être ». Ensuite si l'on reconnaît la loi du lieu d'exécution du contrat comme étant la règle de droit

¹²³¹ DMF 1994, p. 554, note Yves Tassel.

¹²³² Il en est d'ailleurs de même pour le Gabon.

commun et la loi d'autonomie dérogatoire à celui-ci, pourquoi alors appliquer celle-là en premier ? Enfin, et c'est l'argument décisif, si en effet la Convention de Bruxelles dans sa version originelle ne prévoit pas dans son champ d'application la possibilité d'y recourir par une clause Paramount, il convient pour régler ce conflit de droit international privé, en l'absence de la compétence directe d'une Convention internationale spécifique, que le juge du for se réfère à ses règles de droit international privé. En l'espèce, le juge français aurait dû appliquer la Convention de Rome de 1980 qui consacre la loi d'autonomie dans son article 3 alinéa 1er (il y a bien ici une manifestation explicite de la volonté des parties), et à défaut il aurait fallu appliquer la loi du lieu de prestation caractéristique.

663. Il apparaît de ce fait que le caractère dérogatoire au droit commun de la clause Paramount n'est pas justifié en droit. Il peut toutefois présenter un intérêt pratique pour le juge. En effet, afin de limiter la tendance des armateurs à imposer leurs stipulations au contrat, les juges pourraient chercher à amoindrir la portée des stipulations, telles les clauses Paramount, qui tendent à alléger la responsabilité du transporteur¹²³³.

Au-delà de ce problème du caractère dérogatoire ou non au droit commun de la clause Paramount, celle-ci pour être opposable doit être « connue et acceptée » et s'ajoute à ces deux obligations classiques le fait qu'elle doit être lisible¹²³⁴.

- La lisibilité de la clause

664. En ce qui concerne la lisibilité de la clause, un connaissement ne contenant qu'un simple renvoi aux conditions générales, sans les préciser au verso du contrat, encourra l'inopposabilité de toutes les stipulations qui ne reprennent pas les dispositions de la loi normalement applicable, ces stipulations étant généralement la clause Paramount et la clause attributive de juridiction.

La jurisprudence exige que toute clause attributive de compétence juridictionnelle soit individualisée par rapport aux autres clauses et écrite en caractères gras et très visibles. Cette obligation tirée de l'article 48 du nouveau Code de procédure civile¹²³⁵ s'appliquera si la clause désigne un autre tribunal du même Etat (celui dans lequel les parties auraient dû normalement être jugées : d'après la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968¹²³⁶, les

¹²³³ Frédéric Marcouyeux, *La clause Paramount*, op. cit., p. 39.

¹²³⁴ Observations sous Cass. Com. du 04/03/2003, BTL du 17/03/2003, n° 2979, p. 194.

¹²³⁵ « ... spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée... », article 48 du NCPC.

¹²³⁶ Il s'agit maintenant du Règlement CE 44/2001 qui se substitue à l'ancienne Convention de 1968 amendée

personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant sont atraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet Etat¹²³⁷). Si la clause attributive de compétence désigne le tribunal d'un Etat étranger non membre de la CEE, il suffit qu'elle soit conforme aux « usages des transports maritimes internationaux » pour qu'elle n'ait pas à répondre aux exigences de l'article 48 du nouveau Code de procédure civile¹²³⁸. En matière de clause Paramount, aucune décision n'a été rendue dans ce sens. Il faudra attendre que des plaideurs avancent l'inopposabilité de la clause pour connaître la position des juges. Malgré cela, cette clause ayant un caractère dérogatoire, comme celle attributive de compétence juridictionnelle, il paraît évident que celle-ci doit être spécifiée de manière très apparente. Outre la lisibilité de la clause, s'imposent aussi sa connaissance et son acceptation par le chargeur.

- La connaissance et l'acceptation de la clause

665. La connaissance simple ne suffit pas à signifier son acceptation. Il sera en revanche considéré ici que la connaissance de la clause induit sa lisibilité.

En matière commerciale la preuve de l'acceptation peut se faire par tout moyen¹²³⁹. Ce n'est pas le cas en ce qui concerne la clause Paramount.

La jurisprudence pose des conditions strictes pour reconnaître l'opposabilité de la clause Paramount au chargeur. Cette acceptation doit être expresse. La jurisprudence recherche l'acceptation du chargeur sur le document où est stipulée la clause, le connaissement. Pourtant un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 novembre 1993¹²⁴⁰ énonce : « considérant qu'en l'espèce, ni le connaissement par lui-même, ni les documents rédigés lors de son émission, ne font apparaître (ni même présumer) une telle acceptation de la part du chargeur ». Il semble, à la lecture de ce considérant, que les documents annexes rédigés lors de l'émission du connaissement peuvent être pris en compte pour apprécier l'acceptation des clauses du contrat « principal ».

Pourtant, il n'en est rien. En effet, la jurisprudence dominante recherche l'acceptation du chargeur uniquement sur le connaissement où la clause est stipulée. Les documents

par ses Protocoles successifs dont celui de Luxembourg de 1978.

¹²³⁷ René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, op. cit. , n° 386-1.

¹²³⁸ Cass. 25/11/1986, DMF 1987, 706 et RCDIP 1987, 396, note Hélène Gaudemet-Tallon.

¹²³⁹ Il va en effet s'agir de prouver un acte de commerce entre commerçants. S'appliquera l'article L. 110-3 du Code de commerce qui prévoit qu'« A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ».

¹²⁴⁰ DMF 1994, p. 554, note Yves Tassel.

annexes rédigés lors de l'émission du connaissement ne peuvent être pris en compte que s'ils reproduisent les clauses invoquées, en l'espèce la clause Paramount (c'est le cas du « notify » ou « short form » émis en même temps que le connaissement pour faciliter l'individualisation des différents lots, objets d'un même transport)¹²⁴¹. L'acceptation de cette clause est réalisée de façon stricte par le juge. La preuve de son acceptation doit avoir été rapportée par le transporteur¹²⁴².

666. Afin de s'assurer la connaissance par le chargeur du contenu du connaissement, l'article 37-2 du décret de 1966 imposait au chargeur de signer le connaissement. La règle, appliquée strictement par les tribunaux, était la preuve que le chargeur acceptait de se trouver lié au contrat de transport et aux clauses exorbitantes du droit commun y figurant. C'était le cas pour la clause Paramount, celle-ci étant considérée comme une clause exorbitante du droit commun, même si une telle qualification pouvait se discuter dans la mesure où leur recours est prévu par des Conventions internationales adoptées par la France. Le décret n° 87-992 du 12 novembre 1987 est venu supprimer cette obligation de signature¹²⁴³.

667. Malgré cela, la signature du chargeur reste la preuve de sa connaissance des clauses du contrat et de son acceptation. C'est ce qu'il ressort de nombreuses décisions jurisprudentielles qui ont considéré comme non opposables au chargeur les clauses du connaissement qu'il n'avait pas signé¹²⁴⁴.

Ces décisions jurisprudentielles sont-elles fondées juridiquement ? Ainsi qu'il vient de l'être exposé, aucun texte légal n'impose la signature du chargeur au connaissement. Il est alors logique que l'absence de signature du connaissement ne porte aucune atteinte à l'existence et à la validité du contrat maritime dont la nature consensuelle est évidente¹²⁴⁵.

S'il est établi qu'un connaissement non signé par le chargeur est valable¹²⁴⁶, il faut se demander ce qu'il en est de l'opposabilité des stipulations qu'il peut contenir, notamment au verso, lorsque celles-ci sont exorbitantes du droit commun. Un arrêt de renvoi de la Cour

¹²⁴¹ Frédéric Marcouyeux, *La clause Paramount*, op. cit. , p. 41.

¹²⁴² Isabelle Deturmeny-Mosnier, *Connaissement chinois, impérialisme français et clause Paramount*, BTL du 19/02/2001 n°2881, p. 122.

¹²⁴³ Ce décret dispose que « les originaux sont signés par le transporteur ou son représentant », il n'est plus fait mention de la signature du chargeur.

¹²⁴⁴ Cass. Com. 10/01/1989, BTL 1989, p. 243 et Cass. 22/06/1993, BTL 1994, p. 23. Cass. 12/10/1993, DMF 1994, p. 628. Dans ce dernier arrêt la Cour de cassation a considéré que « les clauses insérées au connaissement n'ont de valeur contractuelle que s'il est établi que le chargeur en a eu connaissance et les a acceptées au plus tard le jour où le contrat de transport est conclu, cette preuve pouvant instamment résulter de la signature du connaissement ».

¹²⁴⁵ Cass. Com. 20/10/1992, DMF 1992, p. 676, note Yves Tassel.

¹²⁴⁶ Cass. Com. 10/01/1989, BTL 1989, p. 243, Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 10/01/1991.

d'appel de Rouen¹²⁴⁷ répond à cette question que « si la validité du contrat n'est pas affectée par l'absence de signature du chargeur, les clauses mentionnées dans le connaissement ne sont pas opposables au chargeur qui ne les a pas acceptées et le transporteur ne peut s'en prévaloir ». Il est possible d'en déduire que la jurisprudence semble renforcer la protection du chargeur en exigeant non seulement qu'il accepte le connaissement (et donc le contrat de transport de marchandises), mais aussi qu'il manifeste, par l'apposition de sa signature sur le titre de transport, son acceptation des clauses dérogatoires au droit commun que celui-ci contient.

668. Cette jurisprudence exigeant la signature par le chargeur du connaissement pour lui rendre opposable la clause Paramount n'apparaît pas illogique. En effet, généralement la manifestation du consentement réside dans la signature du contrat. Dès lors lier la signature du connaissement à l'opposabilité de la clause Paramount semble logique. Cette solution est protectrice des intérêts du chargeur, toutefois elle ne semble pas conforme aux exigences du commerce international qui requiert souplesse et rapidité.

La jurisprudence va même plus loin dans le sens de la rigueur¹²⁴⁸ en exigeant que le connaissement soit signé par le chargeur lui-même. La Cour d'appel de Paris écarte une clause Paramount signée par un intermédiaire, agent habituel, au motif qu'il n'était pas établi que le chargeur ait accepté expressément la clause Paramount car il n'était pas prouvé que l'intermédiaire ait agi pour son compte. Ce même arrêt précise que « le simple fait pour le chargeur d'avoir porté sur le connaissement toutes les mentions relatives à la marchandise n'implique pas qu'il ait eu connaissance de la clause, ni surtout qu'il l'ait acceptée »¹²⁴⁹.

Enfin la Cour de cassation¹²⁵⁰ semble considérer que la signature du connaissement apposée au verso, l'endos¹²⁵¹ ne pouvait valoir acceptation d'une clause de compétence. L'endos étant en effet destiné à permettre le transfert de la marchandise, il est postérieur à la formation du contrat. Cette décision ayant été confirmée par un autre arrêt de la Cour de cassation¹²⁵² qui considère que « pour décider que la clause litigieuse avait été acceptée par le chargeur, la Cour d'appel s'est bornée à retenir que figurait au connaissement la signature de la banque, donneur d'ordre ; attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui avait été demandé, si la signature apposée par la banque ne l'avait pas été en une autre qualité que celle

¹²⁴⁷ Arrêt de la Cour d'appel de Rouen, 13/02/1996, DMF 1997, p. 803, note Yves Tassel.

¹²⁴⁸ Arrêt de la Cour d'appel de Paris, 12/09/2002, Scapel 2002, 148.

¹²⁴⁹ Arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 18/03/1998.

¹²⁵⁰ Cass. Com. 03/01/1989, BTL 1989, p. 243.

¹²⁵¹ L'endos étant la mention portée au dos d'un effet de commerce, par laquelle le porteur enjoint à celui qui doit le payer d'effectuer le paiement à une tierce personne ou à l'ordre de celle-ci.

¹²⁵² Arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de cassation du 07/07/1992, DMF 1993, p. 328, note Yves Tassel.

du chargeur, à une fin différente, telle celle d'endosser le connaissement au profit d'un tiers, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». La juridiction suprême a ainsi une position ferme sur les modalités d'acceptation de la clause Paramount par le chargeur, même si aucune obligation légale n'exige que ce dernier signe le connaissement pour que cette clause lui soit opposable, la nature particulière de cette clause de compétence semble justifier la nécessité de sa parfaite connaissance et de son acceptation. Pourtant, cette analyse semble en décalage avec celle retenue par la Cour de justice des Communautés européennes qui a laissé entendre dans au moins deux décisions que la clause de compétence insérée dans un connaissement était une clause usuelle dans les relations commerciales internationales et était ainsi censée être acceptée par le chargeur¹²⁵³.

669. Pour dépasser cette divergence, il serait possible de tenir compte du caractère habituel ou non des rapports contractuels entre le chargeur et le transporteur pour décider qu'en cas de relations d'affaires suivies, le chargeur serait présumé avoir accepté les conditions générales du connaissement même s'il n'a pas signé celui-ci¹²⁵⁴. Il faudrait, cependant, dans ce cas que le transporteur rapporte la preuve du caractère suivi des relations d'affaires ainsi que la preuve que cette clause Paramount figure habituellement dans les connaissements contractés avec ce chargeur, et que le chargeur avait eu connaissance et accepté cette clause précédemment (cette clause devenant presque un usage si ce n'est le fait qu'elle figure expressément dans le connaissement).

Il apparaît clairement, après cette étude sommaire de la jurisprudence, que l'acceptation par le chargeur de la clause Paramount doit intervenir au moment de la conclusion du contrat¹²⁵⁵ et que celle-ci doit être claire et explicite. Il semble que cette clause soit valable uniquement si le chargeur a signé le connaissement, ce qui revient à priver de toute portée la modification réglementaire de l'article 37-2 du décret de 1966.

670. L'opposabilité au destinataire de la clause Paramount est-elle aussi strictement appréciée ?

b) L'opposabilité au destinataire

¹²⁵³ CJCE 16/03/1999, RCDIP 1999, 559, note Hélène Gaudemet-Tallon.

¹²⁵⁴ Il pourrait ainsi être fait application de la théorie de l'usage conventionnel, l'article 1135 du Code civil disposant que « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

¹²⁵⁵ Cass. Com. 28/02/1983, DMF 1983, p. 720.

671. En matière de transport maritime, le destinataire n'a pas conclu le contrat de transport, celui-ci intervient entre le chargeur et le transporteur, même si le destinataire a un exemplaire du connaissement dans les mains. D'un autre côté ce contrat est, au stade de l'exécution en tout cas, conclu à l'intention du destinataire. Il est ainsi possible de penser qu'en présentant le connaissement à l'arrivée du navire, le destinataire prend acte de ses énonciations, entend en tirer profit, mais accepte aussi de se soumettre à toutes les clauses du connaissement.

672. Une partie de la doctrine considère en effet que le destinataire qui ne figure pas au contrat de transport, peut en invoquer les clauses. Juridiquement, la question se pose de savoir comment le destinataire peut invoquer les clauses d'un contrat dans lequel il ne figure pas ? Il est possible de penser à une stipulation pour autrui, opération par laquelle le stipulant obtient d'une autre personne (le promettant) qu'elle s'engage envers une troisième personne (le tiers bénéficiaire) à effectuer une prestation¹²⁵⁶. Sans aller aussi loin, il est clair que le contrat de transport est normalement conclu pour amener la marchandise chez le destinataire : « ce serait donc un contre-sens de ne pas y voir naturellement un contrat à trois personnages »¹²⁵⁷. Rodière et le Professeur du Pontavice y voient une exception sans danger au principe général de l'effet relatif des conventions¹²⁵⁸, justifiée par la fonction économique du contrat de transport. Ils en déduisent que le destinataire est partie au contrat, il peut l'invoquer et à l'inverse le transporteur peut en faire valoir toutes les clauses contre lui à condition que le destinataire accepte la marchandise. Une partie de la jurisprudence a admis cette thèse et considère qu'« en prenant livraison de la marchandise le destinataire accepte le contrat tel qu'il a été conclu avec toutes ses clauses et conditions »¹²⁵⁹.

673. Cependant, une autre partie de la jurisprudence était beaucoup plus réservée et ne reconnaissait pas l'opposabilité automatique des clauses au destinataire¹²⁶⁰. Cette question présente un réel intérêt pratique car la plupart du temps le destinataire agit, non contre le chargeur, mais contre le transporteur.

674. La Cour de cassation s'est alors penchée sur la condition juridique du destinataire en matière de connaissement, et a rendu deux arrêts capitaux, véritables « coups de tonnerre » jurisprudentiels : l'arrêt « Mercandia » et l'arrêt « Nagasaki ».

¹²⁵⁶ Patrick Canin, *Les obligations*, collection Les fondamentaux, Hachette Supérieur Paris, 2002, p. 70.

¹²⁵⁷ René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, op. cit. , n°359.

¹²⁵⁸ Ce principe est prévu par l'article 1165 du Code civil qui dispose que « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ... », l'article 1165 prévoit d'ailleurs l'exception de la stipulation pour autrui.

¹²⁵⁹ Arrêt de la Cour d'appel de Paris du 24/03/1992, DMF 1993, p. 346 et arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 18/11/1993, DMF 1994, p. 215.

¹²⁶⁰ Cass. Com. 07/07/1992, DMF 1993, p. 329, note Yves Tassel. Dans cet arrêt il s'agissait d'une clause attributive de compétence territoriale, la Cour de cassation a considéré qu'elle devait avoir été acceptée par le chargeur pour lui être opposable.

Dans l'arrêt « Mercandia transporter »¹²⁶¹, la Cour de cassation réhabilite le rapport contractuel entre le transporteur et les intéressés au transport (parties réelles au contrat mais non apparentes dans le connaissance). Elle rétablit le droit d'agir du chargeur réel au transport qu'un précédent arrêt de la Cour de cassation avait nié¹²⁶². Dans la logique de cette jurisprudence, la Cour suprême a par la suite reconnu un droit d'agir au destinataire réel lorsque celui-ci est le seul à avoir supporté le préjudice résultant du transport¹²⁶³. La justification étant que « le destinataire est contractant de droit parce que bénéficiaire de fait, du contrat de transport ». Il est pourtant possible de se demander, à l'instar du Professeur Bonassies, si l'ensemble des stipulations du titre de transport sont opposables au destinataire¹²⁶⁴ ?

Ici, ressurgit la distinction entre clause conforme au droit commun et clause dérogatoire au droit commun. Une clause Paramount devenant dérogatoire au droit commun si elle permet la désignation d'une législation qui ne serait pas celle compétente si on suivait les règles du droit international privé français.

675. La Cour de cassation ne s'est pas prononcée concernant la clause Paramount mais elle a opéré un revirement de jurisprudence à propos d'une clause qui lui est proche, la clause attributive de juridiction. Dans l'arrêt « Nagasaki »¹²⁶⁵, la Cour de cassation, afin de mieux contrôler l'acceptation des clauses dérogatoires au droit commun du connaissance par le destinataire, décide qu'« attendu que, pour être opposable, soit au chargeur, soit au destinataire, une clause attributive de compétence territoriale doit avoir été acceptée au plus tard, pour le premier, au moment de la conclusion du contrat de transport et, pour le second, au moment où, recevant la livraison de la marchandise, il a adhéré au contrat ». En application de ce principe nouveau, la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel de Douai qui avait jugé la clause opposable « sans constater que la clause avait été acceptée par les destinataires au plus tard au moment où ils avaient reçu livraison de la marchandise ». Les conséquences de la décision de la Cour de cassation paraissent difficilement prévisibles. D'abord, s'agissant du chargeur, la Cour de cassation décide que son acceptation de la clause résulte de la signature du connaissance au moment de la conclusion du contrat. Un arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 23 juin 2005 a pourtant décidé « que la clause attributive de juridiction insérée aux connaissances est opposable au chargeur, peu important le moment

¹²⁶¹ Cass. Assemblée plénière 22/12/1989, BTL 1990, p. 25 et DMF 1990, 29, note Pierre Bonassies.

¹²⁶² Cass. Com. 25/06/1985, DMF 1985, p. 659.

¹²⁶³ Cass. Com. 29/11/1994, BTL 1995, p. 245.

¹²⁶⁴ Observations du Professeur Bonassies sous l'arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de cassation du 07/07/1992, BTL 1992, p. 638.

¹²⁶⁵ Cass. Com. 29/11/1994, DMF 1995, p. 209, note Pierre Bonassies et Christian Scapel in Scapel 1995, p. 39.

auquel son mandataire a apposé sa signature au dos des connaissements à ordre ». Cet arrêt est surprenant car le mandataire s'intercalant entre les parties, son intervention n'est pas indifférente pour le chargeur. Dès lors, pourquoi la protection que la jurisprudence accorde au chargeur n'aurait-elle plus lieu d'être lorsqu'il est remplacé par un mandataire ? Comme il l'a été indiqué précédemment, la modification réglementaire de l'article 37 du décret de 1966 n'aura servi à rien car le chargeur a l'obligation de signer le connaissement.

676. En ce qui concerne le destinataire, ce n'est plus l'acceptation du chargeur qui détermine l'opposabilité au destinataire puisque la Cour de cassation distingue expressément l'acceptation de chacune des parties au contrat et recherche si le destinataire, lui-même, a accepté la clause, au plus tard au moment de la livraison. La Cour de cassation confirme sa jurisprudence en étendant cette solution le même jour¹²⁶⁶ (arrêt « Stolt Osprey ») aux clauses compromissaires. La Cour de cassation précise sa jurisprudence en indiquant que le simple endossement par le destinataire du connaissement¹²⁶⁷ n'est pas suffisant mais qu'il faut aussi rechercher « si la clause attributive de compétence avait été expressément acceptée par le destinataire, au plus tard, au moment de la livraison »¹²⁶⁸. Cette précision condamne l'interprétation de la jurisprudence « Nagasaki » selon laquelle le destinataire ayant pris livraison de la marchandise et ayant pour cela procédé à l'accomplissement du connaissement, aurait par ce fait accepté les clauses de celui-ci.

677. Le problème de l'opposabilité au destinataire de la clause attributive de juridiction a encore été compliqué par l'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation (navire Lindos) du 22 novembre 2005¹²⁶⁹ dans lequel la Chambre civile décide d'une opposabilité sans condition de ladite clause au destinataire. La Chambre commerciale de la Cour de cassation semble se ranger à cette position dans son arrêt navire Pella¹²⁷⁰. Cette hésitation de la jurisprudence « est le parfait reflet des silences et incertitudes des textes de Droit maritime international »¹²⁷¹. La solution de l'arrêt Stolt Osprey semblait pourtant plus conforme aux textes communautaires, en particulier à l'article 23 du Règlement 44/2001 du 23 décembre 2000 (qui a remplacé l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale) qui exige que les clauses de compétence aient « fait effectivement l'objet d'un consentement entre les parties, qui doit se manifester d'une manière claire et précise ».

¹²⁶⁶ Cass. Com. 29/11/1994, DMF 1995, p. 218, note Yves Tassel.

¹²⁶⁷ Signature au recto et verso.

¹²⁶⁸ Cass. Com. 10/01/1995, BTL 1995, p. 89.

¹²⁶⁹ Cass. Civ. I 22/11/2005, DMF janvier 2006, p. 16.

¹²⁷⁰ Cass. Com. 21/06/2006, BT 2006, 166. DMF 2006, 383, obs. P. Delebecque.

¹²⁷¹ Isabelle Corbier, *Montego Bay et pratiques nationales déviantes*, DMF 2006, n° 676, p. 939

678. Le problème c'est que si on exige une acceptation expressément manifestée par le destinataire, il va être nécessaire de déterminer comment établir cette adhésion du destinataire ?

La seule livraison de la marchandise ne valant pas acceptation de la clause attributive de juridiction, l'accomplissement du connaissement par le destinataire ne manifeste pas non plus son acceptation. La Chambre commerciale de la Cour de cassation, avant son arrêt *navire Pella*, indiquait que « la clause de compétence figurant au connaissement nécessite une acceptation spéciale du destinataire qui ne résulte pas de l'acceptation sans réserve du connaissement »¹²⁷². Ainsi, le consentement donné par le destinataire au contrat de transport, du fait de la prise de possession par lui de la marchandise, n'a pas nécessairement un caractère global. En effet, ce consentement exprime son adhésion au contrat de transport dans son principe, sa volonté de bénéficier des droits fondamentaux nés de ce contrat. Ce consentement n'entraîne cependant pas son acceptation de telle ou telle stipulation particulière dérogatoire au droit commun, inscrite dans le contrat de transport par le transporteur et le chargeur. Une telle solution pouvant se justifier par le caractère fortement marqué d'ordre public du contrat de transport maritime¹²⁷³. Le destinataire doit, peut être, pour qu'une clause de compétence lui soit opposable, l'accepter dans un acte séparé.

679. Cette jurisprudence concerne la clause attributive de juridiction. Il n'y a pas de jurisprudence spécifique à la clause Paramount. Celle-ci est-elle transposable à la clause Paramount ?

D'abord, la clause attributive de juridiction est une clause dérogatoire au droit commun alors qu'il est possible de se demander si la clause Paramount l'est toujours ? Le recours aux clauses Paramount est prévu par la Convention de Bruxelles révisée et par les Règles de Hambourg (mais ne l'est plus par le projet de Convention de la CNUDCI), il est en aussi prévu par un fondement conventionnel plus général puisque la Convention de Rome de 1980 consacre la loi d'autonomie.

D'autre part, la Cour de cassation est venue bouleverser les bases du contrôle des clauses dérogatoires par un arrêt du 16 juin 1996 rendu au sujet d'une clause de livraison sous palan¹²⁷⁴ (arrêt « Monte Cervantes »). Dans cet arrêt la Cour de cassation décide que l'opposabilité de la clause sera soumise à des conditions plus ou moins strictes selon qu'elle est conforme ou non à l'économie du contrat :

¹²⁷² Cass. Com. 08/12/1998, DMF 1999, p. 1007.

¹²⁷³ Frédéric Marcouyeux, *la clause Paramount*, op. cit. , p. 48.

¹²⁷⁴ DMF 1996, p. 629, note Philippe Delebecque et DMF 1997, p. 568, note Pierre Bonassies.

-soit la clause est réputée conforme à l'économie du contrat et l'acceptation du destinataire sera présumée sans indice explicite (signature par exemple) ;

-soit la clause est réputée non conforme à l'économie du contrat et le destinataire doit avoir explicitement accepté le contrat, au plus tard au moment où, recevant livraison de la marchandise, il avait accepté le principe du contrat.

680. A propos de la clause Paramount, il conviendrait de se poser la question de savoir si celle-ci est conforme ou non à l'économie du contrat. Elle va décider des règles qui lui seront applicables et sera conforme à son économie selon le fait que son recours est prévu par les Conventions internationales (elle n'est pas prévue par la Convention de Bruxelles dans sa version originelle et par le projet de Convention de la CNUDCI).

Il semble, cependant, certain que le contrôle de cette clause et de son acceptation tant par le chargeur que par le destinataire sera renforcé si celle-ci aboutit à la compétence d'une législation qui ne l'aurait pas été en application des règles de droit international privé françaises. D'autre part, il est déjà possible de souligner que la clause Paramount a une réelle existence juridique. Il a été vu qu'elle était prévue par la plupart des Conventions internationales applicables au transport maritime de marchandises, mais que le juge, par le contrôle strict qu'il fait de la clause, en limite l'application en amont, avant toute appréciation au fond.

681. Malgré ces restrictions cette clause permet aux opérateurs du transport international de marchandises par mer de désigner le droit applicable, participe-t-elle à une uniformisation du droit applicable à leurs rapports ?

Paragraphe 2 – De la participation de la clause Paramount à l'uniformisation du droit

682. Afin de vérifier si la désignation du droit applicable par le biais des clauses Paramount peut constituer un moyen pour les parties d'assurer une certaine sécurité juridique de leurs rapports, il va être nécessaire d'examiner les difficultés que leur mise en œuvre peut poser (A) puis leurs limites (B). Il sera ainsi possible d'apprécier l'efficacité de ce mode de désignation du droit applicable et, par conséquent, son apport à l'uniformisation du droit.

A – Les difficultés rencontrées lors de la mise en œuvre des clauses Paramount

683. Le premier problème rencontré par la mise en œuvre de la clause Paramount est celui du sectionnement juridique du contrat de transport (1). Le second, plus classique, est celui de son interprétation (2).

1) Le sectionnement juridique du contrat par le biais de la clause Paramount

684. Le transport international de marchandises par mer est régi par des textes impératifs divers. Les Conventions internationales étudiées concernent les obligations et la responsabilité du transporteur pendant la phase maritime du transport. Il y a un sectionnement légal. Par exemple, la Convention de Bruxelles ne régit que la phase proprement maritime du transport alors que la loi française s'applique pour les opérations antérieures au chargement et postérieures au déchargement quand celles-ci ont lieu en France.

685. Se pose alors la question de savoir si les parties peuvent sectionner leur contrat de transport en appliquant des législations différentes à la phase maritime. Les parties ne peuvent-elles par exemple, par une clause Paramount, déclarer que les obligations du chargeur seront régies par un texte et celles du transporteur par un autre ?

La réponse à cette question est donnée par un examen attentif du champ d'application de la clause Paramount. Le principe est que le champ d'application de la clause Paramount est celui de la norme désignée¹²⁷⁵ (en effet la clause ne peut étendre les dispositions de la Convention en dehors de son champ d'application¹²⁷⁶). Il faut renvoyer à l'étude du champ d'application des différentes Conventions relatives au transport de marchandises par mer et de la loi interne de 1966 réalisée en première partie.

Le principe selon lequel le champ d'application de la clause suit celui de la Convention désignée est un principe impératif et d'une grande portée. Il semble toutefois permettre aux parties de sectionner juridiquement leur contrat en décidant de soumettre une partie du contrat à une Convention et une autre partie à une autre législation.

En effet, la Convention de Rome, qui consacre l'autonomie de la volonté, permet un tel sectionnement contractuel. L'article 3-1 de la Convention dispose que « le contrat est régi par

¹²⁷⁵ Cass. Com. 27/06/1995, Bull. Civ. IV, n° 191.

¹²⁷⁶ Philippe Delebecque, *Bilan de recherches de la section de langue française du Centre d'étude et de recherche de l'Académie*, in *Le droit international des transports maritimes 1999*, Académie de droit international de La Haye, 2001, p. 25.

la loi choisie par les parties... par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ».

Ce principe appliqué au transport maritime de marchandises semble assez dangereux car il autoriserait la partie forte à démembrer la législation applicable au transport international de marchandises par mer et ruinerait ainsi les efforts internationaux tendant vers l'unification. En outre, la partie faible au contrat serait exposée à son cocontractant qui, par le moyen de stipulations, pourrait réduire ou élargir le champ d'application des textes désignés dans la clause Paramount.

686. C'est pour éviter ces dérives que les rédacteurs nationaux ou internationaux ont donné à leurs textes une valeur d'ordre public ; dès lors la clause Paramount subit « la loi du tout ou rien ». Sur cette question, l'arrêt de principe est la décision « Hilaire-Maurel » rendue par la Cour de cassation le 4 février 1992¹²⁷⁷. Ainsi la rédaction de la clause Paramount doit toujours être alternative¹²⁷⁸ et jamais cumulative car il n'est pas possible d'appliquer contractuellement deux textes différents à la même phase du transport. La solution repose sur l'idée selon laquelle on ne saurait considérer la loi ou la disposition internationale choisie comme une simple disposition contractuelle entre personnes privées.

687. Le Professeur Delebecque¹²⁷⁹ se livre à des critiques pertinentes sur cette analyse. Il insiste d'abord sur le fait que les Conventions internationales contenant des dispositions matérielles applicables au transport international de marchandises par mer ne constituent pas un ordre juridique autonome et complet¹²⁸⁰. De plus, il objecte que la clause Paramount est davantage une clause d'incorporation matérielle qu'une clause d'*electio juris*. Cette observation est d'autant plus fondée qu'il a été vu que la clause Paramount est prévue par la plupart des textes internationaux¹²⁸¹.

Il en résulte qu'en matière de transport, les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits car, une fois la norme désignée, celle-ci s'applique en son entier. Ce principe permet de garantir une sécurité du contrat par une unité juridique imposée, et surtout d'assurer une protection au chargeur en évitant au transporteur, qui traditionnellement rédige le connaissement, de changer les dispositions et le champ d'application du texte désigné. Il paraîtrait de ce fait logique, toujours suivant le même raisonnement, que le transporteur puisse

¹²⁷⁷ Cass. Com. 04/02/1992, RCDIP 1992, p. 495, note Paul Lagarde et DMF 1992, p. 289, note Lemaître.

¹²⁷⁸ Soit tel texte s'applique soit tel autre en fonction de critères ou de situations différentes.

¹²⁷⁹ Philippe Delebecque, op. cit. p. 27.

¹²⁸⁰ Il donne l'exemple de la Convention de Bruxelles de 1924 mais la chose est aussi vraie concernant ses différentes versions révisées. En revanche la chose est moins vraie pour les Règles de Hambourg qui, si elles constituent un ordre juridique plus complet, ne sont pas plus autonomes.

¹²⁸¹ Hormis la Convention de Bruxelles de 1924 dans sa version originelle.

prévoir une responsabilité plus lourde ou plus étendue permettant une meilleure protection du chargeur que celle prévue.

Il n'est cependant pas certain que les parties puissent désigner plusieurs législations applicables à la même phase du transport car il y a une marge entre permettre une meilleure protection du chargeur et autoriser le panachage des législations (le principe du tout ou rien paraît absolu). Toutefois il semble que les tribunaux admettent ce procédé puisqu'ils le pratiquent eux-mêmes. Il en est ainsi dans un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 9 juin 1978¹²⁸² dans lequel la Cour, qui repousse la clause Paramount au profit de la loi française, refuse au transporteur le droit d'invoquer la limitation de responsabilité édictée par ce texte et lui applique le plafond fixé par la Convention élue par les parties, plus avantageuse pour le chargeur. La justification étant que si la loi de 1966 interdit au transporteur d'alléger sa responsabilité, elle ne lui interdit pas de l'aggraver. Elle reste en fait silencieuse sur ce point mais la doctrine s'accorde à lui reconnaître cette faculté. Sur ce fondement, il est possible de trouver un autre motif d'application des Règles de Hambourg en France¹²⁸³. Les dispositions de cette Convention étant généralement plus sévères que la loi française, elles pourraient s'appliquer à un transport au départ ou à destination de la France couvert par un connaissance comprenant une clause Paramount qui se réfère aux dites règles.

688. En conclusion sur ce point, la loi ou Convention internationale désignée par la clause Paramount s'applique en son entier et s'impose aux parties, sauf stipulations plus avantageuses pour le chargeur.

Cette étude sur le champ d'application et la portée de la clause Paramount étant achevée, reste à étudier une autre difficulté posée par la mise en oeuvre de la clause Paramount : le problème de son interprétation qui peut ruiner les efforts des parties d'assurer une prévisibilité du droit applicable à leur litige.

2) L'interprétation de la clause Paramount

689. Le recours à la clause Paramount permettant de déterminer à l'avance la loi ou la Convention applicable au contrat de transport n'a de signification que si la clause a une portée incontestable. En effet, dès lors qu'elle peut faire l'objet d'une interprétation plus ou moins

¹²⁸² DMF 1979, p. 532, et BTL 1978, p. 47.

¹²⁸³ Ainsi outre les fondements classiques, les Règles de Hambourg pourraient être appliquées en France sur le fondement de l'article 7 de la Convention de Rome, ou sur la désignation par les règles de droit international privé française d'une législation étrangère ayant ratifié ou adopté les Règles de Hambourg (à condition que le transport entre dans les prévisions des Règles de Hambourg).

sûre, son insertion dans le contrat contribue à accroître l'insécurité déjà grande. Elle perd ainsi tout effet utile¹²⁸⁴. L'objet d'une interprétation est d'identifier la volonté des parties, lorsque celle-ci ne s'est pas manifestée clairement, afin de couper court à toute incertitude. Or, la pratique du transport maritime, via l'insertion des clauses Paramount à « tiroirs », démontre que le choix peut accroître la confusion lorsque la rédaction de la clause est peu claire, voire ambiguë. La jurisprudence relative à ces clauses¹²⁸⁵ montre qu'elles sont presque toujours rédigées en termes sibyllins et souvent en langue étrangère. Les juges sont par conséquent confrontés à de nombreuses difficultés d'interprétation. Ce problème d'interprétation s'est vérifié notamment dans deux affaires qui touchaient de près le problème des faux conflits de conventions en droit international maritime.

690. Il s'agit de la jurisprudence « Black Sea Shipping » de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avec les deux arrêts navire « Vassili Klochkov » et navire « Klim Voroshilov », rendus tous deux le 7 mai 1997 (et les arrêts de la Cour de cassation rendus suite aux pourvois du 7 décembre 1999¹²⁸⁶) et la décision de la Cour de cassation du 28 mai 2002 navire « World Appolo »¹²⁸⁷. La jurisprudence de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a déjà fait l'objet d'une étude¹²⁸⁸ lorsqu'il a été question du problème de l'application des Conventions maritimes. Ici ce sont les arrêts de la cour suprême qui sont intéressants en ce qu'ils rendent possible l'examen de la façon dont les juges interprètent ces clauses.

691. L'arrêt « World Appolo » en particulier permet de détailler les étapes du raisonnement des juges, tout en mettant en évidence les éléments qui posent problème : la langue utilisée dans la clause¹²⁸⁹, son fondement juridique¹²⁹⁰, l'identification de la norme désignée¹²⁹¹, et enfin le respect de la commune intention des parties.

A l'origine du litige, il s'agissait d'un transport d'une cargaison de riz au départ de la Thaïlande et à destination du Sénégal. Le port d'embarquement et le lieu d'émission du connaissement se trouvaient en Thaïlande, pays qui n'a adopté ni la Convention de Bruxelles ni les Règles de Hambourg. Le débarquement s'est opéré au Sénégal qui a ratifié les Règles

¹²⁸⁴ BTL, information du 17/03/2003, n°2979, note Françoise Odier et Alexandre Job.

¹²⁸⁵ Sachant que l'étude de la jurisprudence n'est pas forcément révélatrice puisque ne viennent en justice que les clauses Paramount posant problème.

¹²⁸⁶ DMF 2000, p. 903 et s.

¹²⁸⁷ RTD Com. 2002, p. 598, note Philippe Delebecque, DMF 2002, p. 613, note Pierre-Yves Nicolas et BTL du 17/03/2003 *ibid.*

¹²⁸⁸ Cf. *supra* n° 449 et s.

¹²⁸⁹ La clause était rédigée en anglais.

¹²⁹⁰ Article 3 de la Convention de Rome, article 10-c de la Convention de Bruxelles modifiée ou article 2-e des Règles de Hambourg.

¹²⁹¹ La Convention de Bruxelles dans sa version originelle ou modifiée, loi nationale ou Règles de Hambourg si la loi nationale désignée les a ratifiées ou adoptées et qu'elles se déclarent applicables au transport en question.

de Hambourg en 1986 sans dénoncer le texte d'origine de la Convention de Bruxelles auquel il a adhéré en 1978, et ce alors même que l'article 31 des Règles de Hambourg prévoit cette dénonciation. A l'arrivée, des avaries sont constatées. L'affaire se développe et les juges d'appel finissent par limiter la condamnation du transporteur à 83 471 US\$. Les assureurs faculté¹²⁹² contestent, dans leur pourvoi, l'application de la Convention de 1924 au motif que le connaissement a été créé dans un pays non partie à la Convention et concluent à l'application des Règles de Hambourg (plus favorables sur le plan de la réparation) dès lors que le port de déchargement était situé dans un Etat contractant. Ils soulignaient, à l'appui de leurs prétentions, que la clause Paramount proposait une alternative entre la loi du port du chargement et la loi du port du déchargement. En vain, car la Cour de cassation décide que « la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 doit s'appliquer au contrat de transport maritime de marchandises, à l'exclusion des Règles de Hambourg en vigueur dans le port de déchargement, lorsque les parties ont fait le choix de ladite Convention dans le connaissement et qu'aucune règle impérative ne s'oppose à un tel choix ».

En lisant cet attendu, il est possible de penser que la clause avait expressément renvoyé à la Convention de Bruxelles, or, ce n'est pas le cas car il s'agissait en l'espèce d'une clause à « tiroirs ». La clause était ainsi rédigée : « the Hague Rules contained in the international Convention for the unification of certain rules relating of bills of lading, dates Brussels the 25th august 1924 as enacted in the country of shipment shall apply of contract. When no such enactment is in force in the country of shipment, the corresponding legislation of the country of destination shall apply, but in respect of shipment to which no such enactment are compulsorily applicable, the terms of the said Convention shall apply ». On peut traduire cette clause par : « les Règles de la Haye contenues dans la Convention internationale de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, telle qu'adoptée dans le pays de chargement, s'appliqueront à ce contrat. A défaut d'une telle adoption dans le pays du chargement, la « corresponding legislation » du pays de destination s'appliquera, mais concernant les chargements auxquels aucun de ces textes n'est applicable de plein droit, les termes de ladite Convention s'appliqueront »¹²⁹³. Dans cette clause Paramount, il y avait donc une alternative à trois branches. Tout d'abord, on pouvait appliquer la Convention de Bruxelles de 1924 si elle avait été ratifiée par le pays d'émission du

¹²⁹² L'assurance sur facultés est l'assurance des marchandises, elle se fait soit par police particulière, soit par police flottante et a pour objet de garantir les marchandises chargées à bord et le profit espéré de ces marchandises : René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, op. cit. , n°532 et s.

¹²⁹³ Traduction d'Anne Saliou in *Le juge français face aux vrais et faux conflits de Conventions internationales en matière de transport maritime*, mémoire pour le DESS de droit des activités maritimes, sous la direction de Cécile de Cet Bertin, 2002/2003, UBO, p. 48 et 49.

connaissance (pays du chargement ici). Cette solution ne pouvait être retenue puisque la Thaïlande n'a pas ratifié la Convention de 1924 (la Convention n'est pas applicable de plein droit). Ensuite, il était possible de retenir la « corresponding legislation » applicable dans le pays de destination. On se retrouve confronté aux problèmes d'interprétation de ces termes¹²⁹⁴.

Il est possible de traduire ces termes en « législation équivalente ». Il faudra ainsi se référer à la Convention de Bruxelles telle qu'incorporée dans l'ordre juridique du pays de destination. C'est l'avis du Professeur Bonassies pour qui il faut reprendre le texte ou, tout au moins, l'essentiel de la Convention de Bruxelles de 1924¹²⁹⁵. C'était aussi historiquement la volonté des rédacteurs de ces clauses. Lorsqu'elles sont apparues dans les années 1930, ceux-ci voulaient que la Convention de Bruxelles soit appliquée quand le port de destination était un Etat signataire¹²⁹⁶ ou un pays qui, sans avoir ratifié la Convention de Bruxelles en avait repris le contenu dans sa loi interne¹²⁹⁷. Ces pionniers de la clause Paramount n'imaginaient pas que celle-ci puisse renvoyer un jour à des régimes très différents.

Cet avis n'est pas partagé par tous les auteurs. Parmi ceux-ci, on peut citer Madame Odier et Monsieur Job, pour qui il faut traduire ces termes par « législation correspondante » : c'est l'analyse que semble avoir retenue la Cour de cassation¹²⁹⁸. Il leur apparaît que la notion de « loi correspondante » doit s'entendre par rapport à la valeur contraignante ou non du texte visé sans faire référence à son contenu. Cette interprétation moins restrictive ayant pour conséquence que cette partie de la clause ne pouvait viser qu'une convention ou une loi ayant une valeur impérative au Sénégal, c'est-à-dire les Règles de Hambourg régulièrement ratifiée et entrées en vigueur. Celles-ci constituent, au Sénégal, le droit commun applicable en matière de transport maritime de marchandises¹²⁹⁹. Cette interprétation présente l'intérêt de donner toute sa portée à l'article 2-1 e des Règles de Hambourg qui reconnaît sa compétence lorsque le connaissance prévoit que les dispositions de la présente Convention ou d'une législation nationale régiront le contrat.

¹²⁹⁴ Cf. développements sur les arrêts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence précités.

¹²⁹⁵ DMF 2003, HS n°7, p. 59.

¹²⁹⁶ A la condition que l'Etat d'émission du connaissance n'était pas partie à la Convention sinon la clause n'avait aucun intérêt.

¹²⁹⁷ C'est le cas pour l'Australie, l'Inde et le Canada.

¹²⁹⁸ C'est ce qu'ont fait les juges de la Cour de cassation pour les affaires « Vassili Klochkov » et « Klim Voroshilov » en considérant que « la clause Paramount du connaissance, qui se référait, pour le cas ou ladite convention ne serait pas applicable de plein droit à la « corresponding legislation » du pays de destination, expression qui nécessitait l'interprétation, désignait, comme loi du contrat de transport, le droit maritime du pays de déchargement, quand bien même les solutions de ce droit seraient différentes de celles de la Convention de Bruxelles ».

¹²⁹⁹ Françoise Odier et Alexandre Job, op. cit. , p. 188.

Enfin, la troisième alternative prévoit l'application de la Convention de Bruxelles si le chargement a lieu dans un Etat non contractant et si la législation du pays de déchargement n'est pas obligatoirement applicable. La Thaïlande n'étant pas un Etat contractant, la Cour d'appel a considéré que la législation du pays du déchargement n'était pas obligatoirement applicable et ce, malgré le fait que le Sénégal avait ratifié les Règles de Hambourg qui étaient devenus la loi interne de ce pays. Pour décider que les Règles de Hambourg n'étaient pas obligatoirement applicables, la Cour d'appel s'est fondée tant sur une interprétation de l'article 31 des Règles de Hambourg que sur la notion de loi obligatoirement applicable. Sans revenir sur l'étude de l'article 31 des Règles de Hambourg¹³⁰⁰, il faut cependant rappeler que cet article signifie que, pendant la période transitoire, le Sénégal applique la Convention de Bruxelles avec les Etats liés par la Convention de Bruxelles et les Règles de Hambourg avec les Etats parties à cette Convention et ceux qui sont liés par ces deux textes. De plus, les Règles de Hambourg étaient applicables à ce transport en ce qu'elles faisaient partie du droit positif sénégalais et réclamaient leur application à ce transport en vertu de l'article 2-1 b¹³⁰¹. Et ce d'autant plus que les Règles de Hambourg stipulent à l'article 2-2 que « les dispositions de la présente Convention s'appliquent quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, du transporteur substitué, du chargeur, du destinataire ou de toute autre personne concernée ».

A ce stade du raisonnement, il est possible d'affirmer que les Règles de Hambourg devaient s'appliquer à ce transport. Ce n'est pourtant pas ce qu'ont estimé les juges qui ont considéré que la clause renvoyait à la Convention de Bruxelles de 1924. Or, il semble clair à la lecture de la clause que les juges français auraient dû faire application des règles de Hambourg, même si celles-ci n'ont pas été ratifiées ou adoptées par la France, et ce en vertu de l'article 3 de la Convention de Rome.

De plus, si les juges du fond avaient considéré que la clause ne permettait pas de déterminer de manière certaine le droit applicable, ils auraient pu se servir de l'article 1162 du Code civil (il est possible de considérer que ce texte s'applique au contrat de transport si on admet que celui-ci est un contrat d'adhésion¹³⁰²) qui dispose que : « dans le doute, la Convention s'interprète contre celui qui a stipulé ». Les juges du fond auraient alors dû rechercher quel texte offrait, en cas de litige, le plus de garantie à l'adhérent au contrat.

¹³⁰⁰ Cf. supra n° 216 et s.

¹³⁰¹ Cet article prévoit que les Règles de Hambourg sont applicables dès que le port de déchargement prévu au contrat est situé dans un Etat contractant.

¹³⁰² Cette question sera étudiée ultérieurement, cf. infra n° 937.

Les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, n'ont pas suivi ce raisonnement et ont considéré que la clause Paramount renvoyait à la Convention de Bruxelles de 1924.

Il est possible de s'interroger, à l'instar de Madame Odier et de Monsieur Job, sur la portée réelle de cette stipulation. Ils se demandent en effet si cette clause est une réelle clause d'« election juris » ou si elle constitue simplement un moyen d'appliquer la Convention de Bruxelles à des situations où elle ne serait pas nécessairement applicable en raison de la volonté même des parties ? En effet, dans cette affaire, il est clair que si les parties avaient souhaité soumettre leur relation à la Convention de Bruxelles de 1924, elles auraient formulé leur clause Paramount autrement. Dès lors puisque cette clause n'a pas été écartée et que son interprétation semble logique, la volonté des parties n'a pas été respectée, il y a alors eu dénaturation de la clause Paramount.

692. De là à en tirer une conclusion sur l'application quasi-automatique par le juge français de la Convention de Bruxelles en cas de clause Paramount, il y a un pas qu'il ne faut pas franchir.

En effet, il est clair qu'en cas de clause à « tiroir » ou à la rédaction confuse, le juge français aura tendance à privilégier le droit conventionnel applicable en son pays auquel il est familier. La Convention de Bruxelles étant de plus, par son retentissement et son succès, une garantie juridique.

En revanche, face à une clause Paramount claire renvoyant aux Règles de Hambourg (sous restrictions des conditions indiquées plus haut), le juge n'aura d'autre choix que d'appliquer celles-ci. Il en résulte que les parties doivent être attentives dans leur rédaction des clauses Paramount, sous peine que celles-ci deviennent pour le juge, un moyen d'appliquer la Convention de Bruxelles à des situations qui normalement lui échappent.

693. Après avoir vu que le manque de clarté ou la formulation complexe d'une clause peuvent en limiter la portée, il faut se pencher sur les limites à l'application de cette clause.

B - Les limites de la clause Paramount

694. Il est possible d'identifier deux sources de limitations de la clause Paramount : celles dues aux principes généraux du droit international privé (1) et celles dues à l'application de textes impérativement applicables (2).

1) Les limites à l'efficacité des clauses Paramount causées par le respect des principes généraux du droit international privé

695. Le juge pourrait sanctionner une clause Paramount contenue dans un connaissance pour deux motifs : d'une part pour non-respect de l'ordre public (a) et ensuite pour fraude à la loi (b).

a) Le non respect de l'ordre public

696. Il ne s'agit plus ici du caractère d'ordre public conféré à des textes nationaux ayant vocation à s'appliquer dans toutes les situations, car leurs dispositions concernent des intérêts fondamentaux (protégés par le législateur du for et par l'article 7 de la Convention de Rome de 1980). Ici, il s'agit de l'ordre public au sens du droit international privé qui est défini par la doctrine et la jurisprudence moderne comme un correctif exceptionnel permettant d'écarter la loi étrangère normalement compétente, lorsque cette dernière contient des dispositions dont l'application est jugée inadmissible par le tribunal saisi (et qui permet la substitution de la loi française à la loi normalement compétente)¹³⁰³. La justification d'un tel mécanisme résidant dans l'observation que le droit international privé français, qui établit ses règlements en fonction de la nature juridique des institutions françaises et des nécessités du commerce international, organise la coopération des lois étrangères désignées par lui. Or, une telle coopération implique la présomption de l'existence d'une communauté de droit au sein des différents Etats, au moins approximative. Il se peut toutefois que parfois la loi étrangère désignée par notre règle de conflit soit en désaccord absolu avec notre conception fondamentale d'un ordre juridique. L'exception d'ordre public permet alors d'écarter la loi étrangère normalement compétente¹³⁰⁴. Ce correctif exceptionnel au règlement des conflits de lois nécessite l'intervention d'une disposition du droit interne étranger jugée inadmissible par le juge saisi.

697. Cette notion permet-elle d'écarter l'application d'une clause qui, soumise à l'application d'une Convention internationale impérativement applicable, serait déclarée nulle ?

Une Convention internationale impérativement applicable ayant été ratifiée ou adoptée par l'Etat du for mais non applicable au cas d'espèce peut servir de fondement pour écarter une

¹³⁰³ Cass. Civ. I 15/07/1963, RCDIP 1964, 732 et note sur l'ordre public de P. Bourel, RCDIP 1967, 728.

¹³⁰⁴ Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, *Droit international privé*, op. cit., n°252.

clause Paramount renvoyant à une loi étrangère contenant des dispositions jugées inadmissibles par le juge du for (par rapport à la Convention internationale).

En matière de transport maritime de marchandises, cette notion permet de garantir une protection juridique minimale au chargeur, même si le transport n'est soumis à aucun régime impératif. Il est possible d'en trouver des illustrations en jurisprudence. Ainsi, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence¹³⁰⁵ a écarté une clause attributive de compétence aux juridictions tunisiennes qui emporte implicitement, mais nécessairement, l'application de la loi tunisienne dont certaines dispositions sont contraires aux principes fondamentaux de la Convention de Bruxelles et du droit français.

Il apparaît, de ce fait, que le recours à cette notion d'ordre public en droit international privé permet, lorsque la liberté contractuelle est totale, et qu'en principe la volonté des parties doit être respectée, d'écarter la clause litigieuse.

En effet, cette exception d'ordre public prévaut sur toute autre norme juridique, règle de droit étrangère ou règle contractuelle. Il est du pouvoir et même du devoir du juge de la soulever.

698. Le seul problème qui se pose est que cet ordre public est variable et relatif¹³⁰⁶. Celui-ci semble alors échapper aux efforts de systématisation malgré les tentatives de la jurisprudence effectuées notamment par Messieurs Lerebours-Pigeonnière et Battifol¹³⁰⁷. Il en résulte un risque d'imprévisibilité des solutions. Malgré cela, il semble que l'intervention de l'ordre public dépende moins de la teneur même de la loi étrangère que de la perturbation que son application en France est de nature à engendrer. Dès lors, il ne faut pas comparer in abstracto la loi du for avec la loi étrangère mais plutôt estimer l'impact in concreto de l'application en France de la loi étrangère (produirait-elle un résultat choquant pour l'ordre public ?).

699. Sur ce fondement pourrait-on écarter une clause Paramount renvoyant aux Règles de Hambourg ?

Il ne semble pas qu'une telle chose soit possible car, même s'il est vrai que les solutions prévues par cette Convention diffèrent de celles de notre loi interne¹³⁰⁸. L'application de ces solutions ne saurait être jugée inadmissible par rapport à notre loi du for. En effet, d'une part, même si l'objectif est toujours la meilleure protection possible du chargeur, une étude matérielle du contenu de ces Règles par rapport à la Convention de Bruxelles ne permet pas

¹³⁰⁵ Aix-en-Provence, 02/12/1992, Scapel 1993, p. 13 et 27/02/1980, Gazette du Palais, 23/12/1980, note René Rodière.

¹³⁰⁶ Jacques Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, Universidad de Valladolid, 1952, p. 152.

¹³⁰⁷ Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, *Droit international privé*, op. cit., n°254.

¹³⁰⁸ Loi de 1966 combinée avec la Convention de Bruxelles dans ses différentes versions qui a été ratifiée par la France.

de déterminer avec précision que celles-ci se révèlent beaucoup plus défavorables au chargeur que la Convention de Bruxelles. D'autre part, le Parlement français avait donné l'autorisation de ratifier les Règles de Hambourg (par la loi n°81-348 du 15 avril 1981), et même si aucune approbation n'a suivi la loi d'autorisation et que celles-ci n'ont pas été ratifiées ou approuvées par la France, elles le sont par trente et un Etats (bientôt trente-deux). Il n'apparaît pas possible de les considérer comme contraires à l'ordre public international.

700. En somme, cette notion permettrait d'écarter une clause Paramount ayant pour seul but une déresponsabilisation abusive de celui qui, par le biais du renvoi à une loi étrangère, ne reprend aucune des stipulations des Conventions internationales applicables en la matière.

Enfin, il faut remarquer que considérer une clause Paramount contraire à l'ordre public international n'entraîne pas la substitution d'une autre loi en son entier, mais seulement l'annulation des effets abusifs de cette clause.

Il existe une autre limite aux clauses Paramount, issue des principes généraux du droit international privé, l'hypothèse de la fraude à la loi.

b) La fraude à la loi

701. Il s'agit d'empêcher des individus d'utiliser des règles de conflit aux fins de se soustraire aux dispositions légales de fond¹³⁰⁹. C'est une application du vieil adage « *fraus omnia corrumpit* »¹³¹⁰.

En effet, dans la mesure où la volonté des individus joue, directement ou indirectement, un rôle dans le règlement des conflits de lois, il y a lieu de prévoir et de sanctionner les abus possibles¹³¹¹.

En ce qui concerne les conditions, il faut une utilisation volontaire des conflits de lois, c'est-à-dire une modification volontaire dans un but illicite, de l'élément de rattachement, et l'intention d'échapper à une disposition impérative de la loi.

702. Il paraît pourtant difficile d'appliquer un tel mécanisme au transport maritime de marchandises, les parties étant entièrement libres de modifier les éléments de rattachement de leur rapport (lieu d'émission du connaissement, lieu de chargement...). En matière maritime, on parle de « *forum shopping* »¹³¹², pratique qui consiste à porter un litige devant un tribunal

¹³⁰⁹ L'arrêt le plus célèbre à ce sujet étant l'arrêt « *princesse de Bauffremont* » rendu par la Cour de cassation le 18/03/1878, S. 1878, I, 193, note M. Labbé.

¹³¹⁰ La fraude corrompt tout.

¹³¹¹ Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, *Droit international privé*, op. cit., n°264.

¹³¹² Ana Atallah, *Quelques réflexions sur le développement du « forum shopping »*, op. cit.

dont il ne relève pas normalement, cette fraude au jugement se doublant d'une fraude à la loi étant donné la propension des juges à appliquer leur propre loi.

Les parties sont cependant libre de rattacher leur transport à tel ou tel système juridique. De plus, dans l'hypothèse d'une clause Paramount, aucune Convention¹³¹³ n'est impérativement applicable, les parties ont ainsi le choix de la législation à laquelle elles veulent soumettre leur litige. Cette solution étant prévue par la Convention de Rome, il paraît difficile d'envisager des hypothèses de fraude à la loi surtout dans un domaine du droit du commerce international où l'autonomie de la volonté tient une place très importante.

Ces limites à l'application des clauses Paramount posées par les principes généraux du droit international privé ne sont pas les seules. Il y a aussi celles dues à l'application immédiate d'une Convention ou d'une loi.

2) Les limites à l'efficacité des clauses Paramount causées par l'application de conventions internationales ou de lois

703. L'utilité des clauses Paramount, et de ce fait leur apport à une uniformisation du droit par les parties, va être variable selon qu'aucune disposition impérative n'est applicable (a) ou selon qu'un texte d'ordre public s'imposera (b).

a) En l'absence d'une disposition impérative

704. S'agissant de l'hypothèse selon laquelle aucune Convention n'est impérativement applicable, une clause Paramount renvoyant à la Convention de Bruxelles de 1924 dans sa version originelle aura vocation à s'appliquer si aucun texte d'ordre public international ne s'impose. Il en est de même lorsque la clause renvoie à la Convention de Bruxelles révisée et aux Règles de Hambourg, d'autant plus que les Conventions prévoient cette hypothèse¹³¹⁴. Il faut toutefois préciser qu'en cas de renvoi par une clause Paramount à la Convention de Bruxelles révisée, la clause prime sur la loi de 1966, texte national impératif¹³¹⁵. De même, la clause Paramount peut renvoyer à une loi nationale.

¹³¹³ On parle ici des Conventions contenant des règles matérielles concernant le transport maritime de marchandises.

¹³¹⁴ Article 10-c de la Convention de Bruxelles révisée et article 2-e des Règles de Hambourg.

¹³¹⁵ La loi française, compétente car le port de chargement ou de déchargement est en France, ne s'appliquera pas du fait de la supériorité des traités internationaux sur les lois.

b) En présence d'une disposition impérative

705. Il ne s'agit pas ici de reprendre les développements sur la validité des clauses Paramount face à une Convention internationale applicable mais d'apprécier les limites de leur apport à l'uniformisation du droit. Il est ainsi possible de constater que l'existence de Conventions internationales ou de lois nationales (il sera pris le cas de la loi française de 1966) impérativement applicables vient restreindre l'efficacité de ces clauses Paramount.

- Si la Convention de 1924 dans sa version originelle est applicable¹³¹⁶, cette Convention étant impérativement applicable, une clause Paramount ne pourra, en principe, pas trouver à s'appliquer.

Se pose juste le problème d'une clause Paramount renvoyant à la Convention de Bruxelles telle que modifiée par le Protocole de 1968, celle-ci prévoyant son application en vertu de son article 10-c. Dans ce cas, la tentation d'appliquer la version la plus récente du texte (qui se déclare applicable) est grande. Il semble alors que la version la plus ancienne doive céder le pas sur l'autre version.

Cependant, une telle solution dépend de l'Etat du for. En effet, si ce sont les juges de l'Etat où a été émis le connaissance qui ont connaissance du transport, ils n'appliqueront pas la clause Paramount car leur Etat est lié seulement par la Convention en sa version originelle, qui se déclare applicable et ne prévoit pas l'hypothèse du recours à une clause Paramount. Ils appliqueront par conséquent la version originelle. Si par contre l'Etat du juge a ratifié ou adopté la version modifiée, il choisira, en principe, la version la plus récente¹³¹⁷. Il s'agit bien d'un choix offert à l'Etat du for et ceci en vertu de l'article 6-2 du Protocole du 23 février 1968 qui dispose qu' « une partie au présent Protocole ne se verra pas obligée d'appliquer les dispositions du présent Protocole aux connaissances délivrés dans un Etat partie à la Convention mais n'étant pas partie au présent Protocole ».

- Si la Convention de 1924 dans sa version amendée est applicable, celle-ci exclut l'application de tout autre texte, une clause Paramount paraît donc inutile (sauf si c'est justement en vertu de cette clause que la Convention de Bruxelles modifiée est applicable : article 10c de la Convention). En effet, si elle renvoie au texte modifié, elle fait double emploi

¹³¹⁶ Le connaissance ayant été émis dans un Etat contractant.

¹³¹⁷ Et ce en vertu du principe « *lex posterior derogat priori* » consacré par le paragraphe 3 de l'article 30 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969.

et est donc inutile. Si elle renvoie au texte en sa version originelle, le texte impératif prime sur la clause.

- Si les Règles de Hambourg sont applicables, il faut d'abord distinguer l'hypothèse où d'autres Conventions ou lois impératives sont aussi applicables au transport (loi de 1966 ou Convention de Bruxelles). Dans ce cas, le juge français devra écarter les Règles de Hambourg pour appliquer, soit la Convention de 1924, soit la loi du 18 juin 1966. En effet, un juge français est d'abord tenu par ses règles de droit international privé (Conventions auxquelles la France est partie) et par les dispositions d'ordre public impérativement applicables (sa propre loi). Les Règles de Hambourg ne seraient alors applicables par le juge que si, dans le cas précis du litige, elles entraîneraient une « sur-responsabilité » du transporteur comparée au « droit impérativement applicable ».

Si aucun texte international ou la loi nationale ne sont applicables, une clause Paramount serait efficace si elle renvoie aux Règles de Hambourg puisque celles-ci prévoient cette hypothèse de compétence. Elle serait pourtant inutile puisque les Règles de Hambourg sont déjà applicables, sauf si celles-ci sont justement applicables en vertu de cette clause : article 2§1 e des Règles.

Par contre, un conflit intervient quand une clause Paramount qui désigne la Convention de Bruxelles (ou une loi interne) se trouve en conflit avec l'application des Règles de Hambourg. C'est l'hypothèse qu'a eu à trancher le Tribunal de commerce de Paris le 10 septembre 1997¹³¹⁸. Il avait été saisi d'un litige portant sur un transport de blé des Etats-Unis vers l'Egypte par un navire battant pavillon algérien. L'Egypte étant signataire des Règles de Hambourg, les destinataires ont fait valoir que c'est cette Convention qui devait impérativement s'appliquer. Le transporteur soutenait qu'en vertu de la clause Paramount insérée au connaissement, c'est la loi américaine qui devait s'appliquer (US COGSA de 1936). Il ajoutait que les Règles de Hambourg ne pouvaient s'appliquer car ni la France, pays de la juridiction saisie, ni l'Algérie, pays du pavillon du navire et du principal établissement du défendeur, ni les Etats-Unis, lieu d'établissement du chargeur ainsi que des opérations de chargement et d'établissement du contrat, n'ont adhéré à cette Convention.

Les magistrats consulaires, appliquant fermement le droit international privé, décident que, malgré la désignation d'un droit applicable par les parties, il est nécessaire de vérifier si un texte impératif n'a pas vocation à s'appliquer, ce qui est le cas des Règles de Hambourg. En

¹³¹⁸ BTL 1998, p. 183.

effet, celles-ci ont été ratifiées par l’Egypte, cet Etat étant le port de déchargement, les Règles se déclarent applicables au transport (article 2§1 b).

- Si la loi du 18 juin 1966 est applicable¹³¹⁹, cette loi étant qualifiée de loi de police ou de loi d’ordre public international, son application est impérative. La jurisprudence considère d’ailleurs que « le titre 2 de la loi de 1966 est d’ordre public international, il régit une matière où les parties n’ont pas la disposition de leur droit, par conséquent, il s’applique « immédiatement » sans qu’il y ait lieu de recourir aux principes de la loi d’autonomie »¹³²⁰. Cette solution doit être nuancée depuis l’entrée en vigueur, le 10 juillet 1977, en France, du Protocole de 1968 de la Convention de Bruxelles de 1924. En effet, la clause Paramount a ainsi un fondement conventionnel, une clause Paramount renvoyant à la Convention de Bruxelles modifiée permet de faire échapper un transport à l’application de la loi de 1966 normalement applicable.

On en trouve une illustration dans l’affaire « navire Zambezi »¹³²¹ dont il a déjà été fait état¹³²². Dans ce litige, il s’agissait d’un transport des Philippines (qui n’a pas ratifié la Convention de Bruxelles de 1924) à Sète (France). Le connaissement émis contenait une clause Paramount énonçant que « les Règles de La Haye contenues dans la Convention internationale pour l’unification de certaines règles sur les connaissements datant du 25 août 1924 à Bruxelles, comme applicables aux pays de chargement seront applicables à ce contrat. Quand de telles dispositions ne s’appliqueront pas dans le pays de chargement la législation correspondante du pays de destination s’appliquera, mais en ce qui concerne les chargements auxquels de telles dispositions ne sont pas contractuellement applicables, les termes de la convention s’appliqueront ».

Les Philippines n’ayant pas adhéré à la Convention de 1924 (pays de chargement), les dispositions de la loi française pouvaient apparaître comme devant obligatoirement régir le transport, en tant qu’il s’agissait d’un transport à destination d’un port français et non soumis à la Convention de Bruxelles.

Pourtant, la Cour d’appel de Montpellier a écarté la loi française pour déclarer le transporteur en cause soumis à la Convention de Bruxelles dans sa version modifiée. Celle-ci permet en effet à une clause Paramount de déclencher la compétence de ses règles. La loi française est

¹³¹⁹ La loi du 18 juin 1966 est applicable dans l’hypothèse d’un transport, non régi par une Convention internationale adoptée ou ratifiée par la France, au départ ou à destination de la France.

¹³²⁰ Voir par exemple l’arrêt de la Cour d’appel d’Aix-en-Provence, 25/09/1996, Scapel 1997, p. 17.

¹³²¹ Arrêt de la Cour d’appel de Montpellier du 4/12/1986, DMF 1988, p. 376.

¹³²² Supra n° 656.

exclue au bénéfice de la Convention de Bruxelles dans sa version modifiée alors que la version de la Convention de Bruxelles choisie par les parties était celle originale. Il est en effet logique que lorsque la clause Paramount vise la Convention de 1924, modifiée par le Protocole de 1968, celle-ci s'impose à la loi française puisque le Protocole prévoit bien l'application de la Convention, dès lors la loi française doit s'effacer devant la Convention internationale régulièrement adoptée par la France.

En revanche, Maître Bonnaud insiste bien sur le fait qu' « une clause Paramount visant la Convention de Bruxelles non modifiée ne sera pas susceptible de s'appliquer à un transport international, au départ ou à destination de la France, car, c'est la loi française qui s'appliquera ; une clause du connaissance ne pouvant prévaloir sur les dispositions d'ordre public de la loi de 1966, article 16, § 1er »¹³²³. Cet arrêt de la Cour d'appel de Montpellier paraît de ce fait contestable.

706. Il est possible de conclure sur la clause Paramount que celle-ci est souvent déclarée inapplicable, que ce soit lorsqu'elle entre en conflit avec une Convention impérative ou avec la loi française. La volonté des parties rencontre, par conséquent, beaucoup d'obstacles même si les Conventions internationales lui laissent une place importante (ce ne sera plus le cas s'agissant de la future Convention CNUDCI). Ces clauses¹³²⁴ peuvent même inspirer des modifications de Conventions internationales. Ainsi, sous l'empire de la Convention de Bruxelles de 1924 il était possible, dans certains pays, d'assigner le transporteur ou ses préposés par le biais de l'action délictuelle en évitant la limitation légale de responsabilité. Par ces clauses, le bénéfice de la limitation de responsabilité était élargi aux préposés. Le Protocole de 1968 a prévu que le transporteur pouvait bénéficier de la limitation de responsabilité quelle que soit la nature de l'action intentée (que cette disposition est étendue à ses préposés).

707. Il est cependant possible de douter de la capacité des clauses Paramount à assurer, pour les parties, une prévisibilité du droit applicable. Effectivement, ces clauses contractuelles se prêtent difficilement à un effort de systématisation puisque dans la pratique il n'y a pas qu'un seul type de clauses Paramount mais « des multiples formules qui, selon les cas, incorporent les règles de droit uniforme, originelles ou révisées, ou des législations nationales

¹³²³ Jacques Bonnaud, Scapel 1993, op. cit. , p. 92.

¹³²⁴ Il s'agit ici de la clause Himalaya, ainsi dénommée depuis l'affaire Adler v. Dickinson (1954) qui permet d'étendre le bénéfice des limitations de responsabilité du transporteur, celles-ci étant généralement stipulées au profit de l'entrepreneur de manutention. Olivier Cachard, *Les clauses relatives à la compétence internationale dans les connaissements : consensualisme ou formalisme ?* Cette clause, même si elle est sensiblement différente de la clause Paramount, a bénéficié de la même répétition dans la pratique et permet aux parties de pallier les lacunes ou défauts des outils conventionnels. C'est pour cette raison que cette clause Himalaya ne fera pas l'objet de développements séparés.

spécifiques, ou encore certaines règles spécifiques relevant de l'une ou l'autre catégorie »¹³²⁵. Enfin, les parties au contrat sont tenues par les différentes Conventions internationales et lois nationales laissant à l'autonomie de la volonté une place résiduelle.

Pourtant, il semble bien que la clause Paramount autorise les parties, par le renvoi quasi-systématique à la Convention de Bruxelles révisée, à participer à l'application d'un instrument de droit uniforme. Par ce biais, les opérateurs du transport pourraient favoriser la mise en œuvre d'instruments uniformes négociés et imposés par les Etats.

708. En l'absence donc d'un corps social unique, une uniformisation des règles applicables au transport international de marchandises par mer, uniformisation qui au vue de la matière en cause doit obligatoirement être très large voire globale (du fait du caractère international de cette matière et de la possibilité d'avoir de multiples éléments de rattachement), ne semble pas réalisée par le biais des contrats-types.

709. Qu'en est-il d'une possible uniformisation du droit réalisée par les opérateurs par le biais du recours à l'arbitrage. Ce mode de règlement des conflits permet-il aux opérateurs du commerce international, par la possibilité de désigner le droit applicable, de réaliser une uniformisation du droit ?

¹³²⁵ F. Berlingieri, *Diritto marittimo* 1997, p. 1010 et s. traduction Raymond Achard, *Chronique de droit maritime italien*, DMF 1999, p. 59.

Chapitre II - L'uniformisation différée, dans l'instance arbitrale

710. « Toute relation juridique appelle son juge », cette affirmation du Professeur Jacquet souligne l'importance du règlement des litiges. Même si le juge n'est « pas sollicité d'intervenir systématiquement (cela) n'empêche pas que son intervention est au moins potentielle et qu'il est recommandé aux parties à un contrat international de s'en préoccuper dès le moment de la conclusion du contrat. Ce juge peut être (bien sûr) une juridiction étatique ou une juridiction arbitrale »¹³²⁶. La question qui se pose est celle de savoir si le mode de règlement privé des conflits, qu'est l'arbitrage, peut permettre aux parties de parer à l'incertitude du droit applicable à leur transport international de marchandises par mer ? Il s'agit d'un moyen indirect d'uniformisation du droit car les parties cherchent d'abord à régler leurs conflits et éviter les incertitudes de la recherche du droit applicable. Dans ce cas, l'uniformisation du droit, si elle est réalisée, le sera lorsque l'arbitre dira le droit, c'est pour cela que cette uniformisation est qualifiée de différée par rapport à celle réalisée dans le contrat¹³²⁷. Les opérateurs du commerce international n'essaient pas d'assurer une uniformisation directe du droit mais simplement d'aménager leurs relations contractuelles.

711. Il serait impossible de répondre à cette question sans définir au préalable l'arbitrage et sans voir dans quelle mesure ce mode de règlement des litiges peut avoir un rôle créateur de droit en matière maritime (section I). Il faudra ensuite se demander si ce mode de règlement des litiges, grâce à la possibilité offerte aux parties de choisir le droit, contribue à une uniformisation par les opérateurs des règles juridiques applicables à leurs litiges (section II) ?

¹³²⁶ Jean-Michel Jacquet, *Le contrat international*, Dalloz Paris, 2^{ème} édition 1999, p. 15.

¹³²⁷ Dans l'arbitrage les parties peuvent aussi directement désigner dans le contrat le droit applicable, cette désignation n'est cependant pas systématique et de toute façon c'est lorsque l'arbitre aura rendu sa sentence arbitrale qu'une éventuelle uniformisation pourra être réalisée.

Section I – L'œuvre créatrice de l'arbitrage

712. Les clauses d'arbitrage sont des clauses visant à faire régler un litige par une ou plusieurs personnes privées. Cette définition de l'arbitrage est classique. Elle peut être complétée en rappelant la distinction faite par le droit romain entre « arbiter » et « arbitrator ». L'arbitrage constitue effectivement un mode de résolution des litiges mais il peut aussi constituer une technique de conclusion ou d'aménagement des contrats. Il est, en effet, possible de demander à l'arbitre de compléter un contrat dont un élément est resté, volontairement ou non, indéterminé¹³²⁸.

713. Préalablement à l'analyse du rôle « uniformisateur » de l'arbitrage en matière de transport international de marchandises par mer s'impose la vérification que les parties ont la possibilité de recourir à l'arbitrage en matière maritime (paragraphe 1). Une étude de l'influence que les Conventions internationales régissant la matière sont susceptibles d'avoir sur la possibilité de désigner les règles juridiques par une clause d'arbitrage est, elle aussi, indispensable (paragraphe 2).

Paragraphe 1 - L'admission du recours à l'arbitrage

714. Il n'est possible de se pencher sur l'admission du recours à l'arbitrage en matière maritime qu'après avoir défini l'arbitrage et analysé son admission en général (A). C'est alors qu'il sera loisible d'examiner de façon plus spécifique son admission en matière maritime (B).

A - Le recours à l'arbitrage en général

715. Ce mode de règlement des litiges doit être défini, ce qui permettra de mettre en valeur ses avantages (1), avant d'envisager les modalités permettant d'y recourir (2).

¹³²⁸ René David, *Le droit du commerce international : une nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou une nouvelle « lex mercatoria » ?*, in *new directions in international trade law*, Unidroit, Rome 9-15/09/1976, Oceana Publications 1977, p. 13 et 14.

1) La définition et les avantages de l'arbitrage

716. Le recours à l'arbitrage se fait surtout en matière commerciale¹³²⁹. Ce recours est d'autant plus fréquent lorsque l'arbitrage met en cause les intérêts du commerce international¹³³⁰, le nouveau Code de procédure civile ayant retenu une définition économique¹³³¹ de l'internationalité en matière d'arbitrage, définition conforme à l'évolution de la jurisprudence¹³³². D'après le Professeur Mayer, « l'arbitrage est le mode le plus fréquent de résolution des litiges du commerce international »¹³³³. En effet, outre le besoin de rapidité et de discrétion, les parties à un litige international peuvent être confrontées à un problème de détermination du tribunal internationalement compétent. Une clause d'arbitrage permet de parer à ce problème. Ce mode de résolution des conflits accorde aussi aux parties la possibilité de choisir des personnes compétentes dans leur domaine et qui tiennent compte des impératifs du commerce international. A titre d'exemple, les arbitres ont une bonne connaissance des usages, ceux-ci étant fréquemment utilisés en matière maritime¹³³⁴.

De même, l'exécution d'une décision de justice à l'étranger peut poser des difficultés pour la partie à qui celle-ci confère des droits et qui entend s'en prévaloir. Les opérateurs se méfient aussi de la justice étatique car ils craignent souvent l'absence de neutralité du for étatique compétent. Monsieur Derain souligne à ce sujet que « le juge partagera avec le national et son conseil un même héritage culturel, que ce soit sur le plan linguistique, économique ou surtout juridique »¹³³⁵. Pour toutes ces raisons, le recours à l'arbitrage est très fréquent en matière commerciale.

Ce recours à l'arbitrage est d'autant plus fréquent qu'il est favorisé par la jurisprudence étatique ou communautaire. Ce mouvement se manifeste entre autres au travers de la pleine reconnaissance du principe compétence-compétence par la Cour de cassation qui reconnaît une priorité à l'arbitre pour statuer sur sa propre compétence et sur la portée de l'exception de

¹³²⁹ Les litiges y sont rarement d'ordre public et ce mode de résolution est adapté aux besoins des affaires : rapidité, discrétion...

¹³³⁰ Article 1492 du NCPC « Le litige met en cause les intérêts du commerce international ».

¹³³¹ La distinction entre critère économique et juridique a déjà été faite dans l'introduction, cf. supra n° 42.

¹³³² Paris, 09/12/1980, « Alaska », Revue de l'Arbitrage, 1981, 306, Fernand Jeantet.

¹³³³ Pierre Mayer, *L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence*, RCADI 1989, T. 217, p. 327.

¹³³⁴ La Cour de cassation a effectivement considéré que les usages locaux, en matière maritime, ont une force obligatoire propre qu'ils tirent de la valeur même qui s'attache à la coutume et non de la volonté des parties : cf. Cass. Com. 03/07/1952, DMF 1952, 593.

¹³³⁵ Yves Derains, *Sources et domaine d'application du droit français de l'arbitrage international*, in droit et pratique de l'arbitrage international en France, Feduci, 1984, p. 1 et s.

nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la clause¹³³⁶. Il se manifeste aussi et surtout au travers des conséquences négatives de ce principe qui conduisent le juge étatique à décliner sa compétence dès lors que l'une des parties invoque une clause de recours à l'arbitrage, excepté en cas de nullité manifeste de la clause ou en cas d'inapplicabilité manifeste de celle-ci¹³³⁷. Cette bienveillance envers l'arbitrage s'est manifestée plus récemment aussi avec l'extension de la jurisprudence Turner de la CJCE¹³³⁸ aux litiges soumis à l'arbitrage. Cet arrêt de la CJCE interdit la procédure d'anti-suit injunction dans l'ordre intra-communautaire. Cette procédure spécifique anglaise donne au juge la possibilité d'interdire à une partie d'initier ou de poursuivre une procédure à l'étranger. La CJCE a considéré que « la Convention de 1968 (...) doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose au prononcé d'une injonction par laquelle une juridiction d'un Etat contractant interdit à une partie à la procédure pendante devant elle d'introduire ou de poursuivre une action en justice devant une juridiction d'un autre Etat contractant, quand bien même cette partie agit de mauvaise foi dans le but d'entraver la procédure déjà pendante ». Le problème qui se pose est que le Règlement 44/2001 (qui a remplacé la Convention de 1968) exclue l'arbitrage de son champ d'application. L'interdiction des anti-suit injunction posée par la CJCE est-elle applicable lorsque le litige concerne l'arbitrage ? Un jugement du Tribunal de commerce de Marseille du 13 janvier 2006¹³³⁹ répond par l'affirmative, suivant en cela l'opinion majoritaire de la doctrine française¹³⁴⁰, en jugeant que « le présent litige entre dans le champ d'application de la jurisprudence Turner ». Il faudra attendre confirmation de la CJCE qui a été saisi par la Chambre des Lords de ce problème suite à l'arrêt « The front commor »¹³⁴¹.

2) Les modalités de recours à l'arbitrage

717. Les parties ont le choix entre deux types d'arbitrage. Il y a l'arbitrage ad hoc qui est un arbitrage entièrement organisé par les parties sans aucune aide d'une structure externe et

¹³³⁶ Ce principe jurisprudentiel (Cass. Civ. 22/02/1949) a été consacré par les textes (notamment article 1466 du NCPC).

¹³³⁷ La portée négative du principe compétence-compétence a été ancrée récemment par l'arrêt Pella, Cass. Com. 21/02/2006, DMF 2006, 379 note Philippe Delebecque et l'arrêt Turicia Cass. Civ. I 11/07/2006, RTD Com. 2006, 10 n° 4, note Philippe Delebecque, p. 947 et 948.

¹³³⁸ CJCE, 27 avril 2004, Turner c/ Grovit, RCDIP 2004, 654, note H. Muir Watt.

¹³³⁹ DMF 2006, 856, obs. Olivier Cachard. Renaud Carrier, *Anti-suit injunction : la jurisprudence Turner s'applique même en cas de soumission alléguée des litiges à l'arbitrage*, Scapel 2006, p. 5 et s.

¹³⁴⁰ Renaud Carrier, *Anti-suit injunctions : réquisitoire pour l'abandon de leur prononcé en matière d'arbitrage*, D 2005, 2712. Philippe Delebecque, « *Anti-suit injunction* » et arbitrage : quels remèdes ? , Lettre d'information de la Chambre arbitrale maritime de Paris, n° 12, 2006-2007.

¹³⁴¹ RCDIP 2007, note L. Usunier.

l'arbitrage institutionnel dans lequel les parties peuvent choisir une institution d'arbitrage qui peut être nationale, régionale ou internationale, spécialisée ou générale, privée ou publique.

718. Le recours à l'arbitrage peut se faire de deux façons : par une clause compromissoire, ou un compromis d'arbitrage.

La clause compromissoire est la clause par laquelle les parties s'engagent à recourir à l'arbitrage pour les différends qui surgiraient entre elles. Ce choix du recours à l'arbitrage est donc fait avant un éventuel litige¹³⁴².

Le compromis d'arbitrage est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes décident de soumettre un litige portant sur des droits dont elles ont la libre disposition à l'arbitrage¹³⁴³.

719. En France, la Cour de cassation consacre le principe de la validité de la clause compromissoire en matière internationale¹³⁴⁴. Celui-ci fut d'abord fondé sur l'autonomie¹³⁴⁵ puis sur l'indépendance de cette clause par rapport à toute loi étatique¹³⁴⁶. Cette clause est maintenant valable par le seul consentement des parties. De plus, dans un sens pareillement favorable à l'arbitrage, la Cour de cassation affirme l'autonomie de la clause d'arbitrage. Ce principe a été dégagé en 1963 dans l'arrêt Gosset¹³⁴⁷. La Cour de cassation y pose le principe que la convention d'arbitrage¹³⁴⁸ est autonome par rapport au contrat principal. Cela signifie que même si l'accord de principe est nul, les arbitres conservent le pouvoir de statuer sur cette nullité et sur ses conséquences. On voit ainsi que la position de la jurisprudence française sur l'arbitrage a changé depuis cet arrêt de la Cour de cassation du 10 juillet 1843¹³⁴⁹ dans lequel il était possible de lire que « l'on ne trouve pas chez les arbitres les qualités que l'on est assuré de trouver chez les magistrats, la probité, l'impartialité, la compétence, la délicatesse de sentiments nécessaires pour rendre les jugements ». Il apparaît d'ailleurs qu'en France, comme le fait remarquer le Professeur Bonassies, « pays de droit écrit, c'est la jurisprudence qui a initié, puis développé le mouvement du droit en faveur de l'arbitrage »¹³⁵⁰.

¹³⁴² Ce choix peut intervenir dans le contrat principal ou lui être extérieur. Même si la clause est insérée dans le contrat principal, elle lui est autonome : Cf. sur ce point Cass. Civ. II 04/04/2002.

¹³⁴³ Lexique des termes juridiques sous la direction de Raymond Guillien et Jean Vincent, Dalloz, 15^{ème} éd, op. cit.

¹³⁴⁴ Arrêt « Zanzi » Cass. Civ. I 05/01/1999, Bull. Civ. I, n°2, p. 1, Revue de l'Arbitrage 1999, p. 260.

¹³⁴⁵ Cass. Civ. I 04/07/1972, « Hecht », JDI, 1972, p. 843, note Bruno Oppetit.

¹³⁴⁶ Cass. Civ. I 20/12/1993, « Dalico », JDI, 1994, p. 432, note Emmanuel Gaillard.

¹³⁴⁷ Cass. Civ. 07/05/1963, JCP 1963 II 13405, note Berthold Goldman et RCDIP 1963, 615, note Henri Motulsky.

¹³⁴⁸ Clause compromissoire ou compromis d'arbitrage.

¹³⁴⁹ Espèce citée par Pierre Bonassies in *Brèves observations sur le développement de l'arbitrage en droit français*, DMF 2004, p. 211 et 212, arrêt du 10 juillet 1843, D 1843, 1, 343.

¹³⁵⁰ Pierre Bonassies, *ibid.*, p. 214.

A présent, des dispositions d'origine interne et d'origine internationale¹³⁵¹ garantissent la bonne exécution des sentences arbitrales, celles-ci sont par conséquent efficaces.

720. La clause d'arbitrage est un moyen de résolution des litiges qui en principe concerne davantage la procédure que le fond. Elle ne devrait pas influencer sur la loi applicable au fond, c'est pourtant le cas.

De façon directe d'abord, le recours à l'arbitrage influe sur la loi applicable au litige. En effet, celui-ci est soumis à la loi contractuelle, la loi pour laquelle les parties ont opté. Les parties peuvent donc influencer directement sur le droit applicable à leur litige.

Les parties peuvent aussi influencer de façon indirecte sur la loi applicable à leur litige en intervenant sur le for auquel sera soumis leur arbitrage. En principe, les sentences arbitrales internationales et les sentences arbitrales étrangères ne sont pas susceptibles d'un recours direct devant les juridictions françaises¹³⁵². Par contre, dans la mesure où la sentence arbitrale (pourvue de l'autorité de la chose jugée dès son prononcé sur la contestation tranchée)¹³⁵³ est dépourvue de la force exécutoire la procédure d'exequatur permet au juge de se retrouver compétent. Le juge saisi devra examiner par référence à sa propre loi si la clause compromissoire est valable¹³⁵⁴.

721. A ce sujet, il faudra faire les mêmes constatations que celles faites sur la clause Paramount : le transport international de marchandises par mer est soumis à des instruments internationaux ayant vocation à s'appliquer obligatoirement, ceux-ci pourront de ce fait interférer en la matière.

B - Le recours à l'arbitrage en matière maritime

722. Le recours à l'arbitrage est régi par des dispositions de droit interne (1) et par d'autres de droit international (2).

¹³⁵¹ La Convention de Genève du 26-09-1927 sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères et la Convention de New York du 10-06-1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

¹³⁵² Article 1501 et 1507 du NCPC.

¹³⁵³ Pourvue de l'autorité de la chose jugée dès son prononcé sur la contestation tranchée (article 1476 et 1500 du NCPC).

¹³⁵⁴ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 17/12/1982, navire « Ville de Saint Pierre », DMF 1983, 735, note Raymond Achard. A propos de l'acceptation de la clause compromissoire par le destinataire, la Cour de cassation a les mêmes exigences que pour les clauses attributives de juridiction : que soit constatée l'acceptation par le destinataire. En ce qui concerne l'opposabilité de la clause compromissoire au chargeur « les tribunaux se montrent réticents à faire découler l'opposabilité de la clause des seules relations habituelles d'affaires ou des usages, lorsque le connaissement n'a pas été signé » Alexandre Malan, *Le rayonnement de la clause compromissoire et de la clause attributive de juridiction dans les opérations de transport maritime*, DMF 2006, n° 666, p. 3 et s.

1) Dispositions d'origine interne

723. Sous l'empire de la loi française de 1936 sur le transport maritime de marchandises, la validité des clauses d'arbitrage était subordonnée à deux conditions :

- les arbitres ne pouvaient statuer comme amiables compositeurs¹³⁵⁵, ni ignorer les dispositions de la loi de 1936 ;
- en matière de navigation réservée, les clauses ne pouvaient avoir pour effet de déplacer le lieu où devait être jugé le litige selon les règles du droit commun¹³⁵⁶.

724. La loi de 1966 a supprimé ces dispositions. Les clauses d'arbitrage sont désormais valables dans les conditions de droit commun.

L'article 1496 du nouveau Code de procédure civile dispose, à propos du recours à l'arbitrage, que « l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce ». Les parties ont effectivement en matière d'arbitrage la libre disposition du droit applicable à leur litige¹³⁵⁷. Elles ont notamment la possibilité d'insérer une clause d'amiable composition. Qu'en est-il maintenant des dispositions internationales ?

2) Dispositions d'origine internationale

725. La Convention de Bruxelles de 1924 dans sa version originelle ou modifiée par ses deux Protocoles, ne contient aucune disposition sur les clauses d'arbitrage. Il a été prévu dans l'article 3-6 de la Convention de Bruxelles de 1924 que le transporteur maritime était déchargé de toute responsabilité pour les pertes ou dommages à la cargaison « à moins qu'une action ne soit intentée dans l'année de la délivrance des marchandises ... ». Cette disposition laisse déjà supposer que, dans l'esprit des auteurs de la Convention de Bruxelles, l'action judiciaire était le moyen normal pour intenter une action en responsabilité contre le transporteur de marchandises. Il est aussi concevable que cette omission de l'arbitrage s'explique, peut-être, par le fait qu'à l'époque de la Convention de Bruxelles, les questions de procédure n'entraient pas dans le domaine des points prioritaires à résoudre¹³⁵⁸. Il est, de ce

¹³⁵⁵ Il s'agit de la possibilité pour les parties de permettre aux arbitres de statuer en équité.

¹³⁵⁶ Guy Fraikin et G.H. Lafage, *Le transport sous connaissance en droit français*, LGDJ Paris, 1966, p. 75, sect. 6.

¹³⁵⁷ Cela tient au fait que les litiges réglés par l'arbitrage n'ont pas un caractère d'ordre public.

¹³⁵⁸ Nathalie Soisson, op. cit. , p. 570.

fait, possible d'admettre (comme la jurisprudence anglaise¹³⁵⁹) que les mots « à moins qu'une action soit intentée », figurant dans le texte international désignent aussi bien une action judiciaire qu'une procédure arbitrale. Il faut en déduire qu'une clause d'arbitrage pourra recevoir application, sous réserve que les arbitres appliquent la Convention de Bruxelles, si celle-ci doit s'appliquer au transport en cause.

726. La Convention de Bruxelles dans ses différentes versions vient cependant restreindre la liberté contractuelle des parties en prévoyant que « toute clause, convention ou accord dans un contrat de transport exonérant le transporteur ou le navire de responsabilité pour perte ou dommage concernant des marchandises provenant de négligence, faute ou manquement aux devoirs ou obligations édictées dans cet article ou atténuant cette responsabilité autrement que ne le prescrit la présente convention, sera nulle, non avenue et sans effet... »¹³⁶⁰. La Convention de Bruxelles ne permet pas aux parties, par le biais d'un recours à l'arbitrage, d'éluder ses dispositions impératives.

727. Les Règles de Hambourg ont, en revanche, consacré de longs développements aux clauses d'arbitrage. En insérant dans l'article 22, des dispositions portant sur l'arbitrage, qui sont peu usitées dans le droit international privé conventionnel, les Règles de Hambourg innoveraient nettement¹³⁶¹. L'article 22-1 autorise les clauses compromissoires¹³⁶². Il faut tout de suite préciser, s'agissant du compromis d'arbitrage, que, dans la pratique maritime, en matière de transport international de marchandises par mer, « on ne se trouve généralement en présence que de clauses compromissoires »¹³⁶³ désignées sous le vocable « clause d'arbitrage ». Le projet de la Convention de la CNUDCI admet aussi tant les clauses compromissoires (article 78) que les compromis d'arbitrage (article 80) et tient ainsi compte de l'importance de ce mode de règlement des litiges en la matière.

La clause d'arbitrage permet aux parties de désigner le droit applicable à leur litige, ou en tout cas leur permet de conférer cette mission à l'arbitre. Ce droit désigné peut entrer en confrontation avec une des Conventions internationales existant en la matière.

¹³⁵⁹ Affaire *Nea Agrex S.A. v. Baltic Shipping Co. LTD and another*, Court of Appeal, 10, 11, 12 mars et 1er avril 1976, All E. R. 1976, 842 et s.

¹³⁶⁰ Article 3-8.

¹³⁶¹ Roger Jambu-Merlin, *Contrats commerciaux, contrats de transport et contrats d'affrètement et de transport maritime*, juriscasseur droit international, fascicule 565-B, n° 86.

¹³⁶² « ...Les parties...peuvent prévoir, par un accord constaté par écrit, que tout litige...sera soumis à l'arbitrage » on se situe donc en amont d'un éventuel litige.

¹³⁶³ Gérard Auchter, La Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer de 1978, *Revue juridique et économique*, vol. XIV, n° 1-2, 1979, n° 508, p. 404.

Paragraphe 2 – L'admission par les conventions internationales du droit désigné par l'arbitrage

728. Deux hypothèses sont envisageables, celle dans laquelle aucune convention internationale n'est obligatoirement applicable (A) et celle où une convention internationale est applicable au transport (B).

A - En l'absence d'une convention internationale applicable

729. En l'absence d'une convention internationale applicable, les parties ont pu (1) ou non (2) convenir du droit qui allait être employé pour la résolution de leurs litiges.

1) Les parties ont choisi le droit applicable

730. Les parties peuvent désigner le droit applicable dans le connaissance. Si le connaissance comporte une clause compromissoire, cette dernière s'analyse comme une convention d'arbitrage avec choix de la loi applicable. Celle-ci doit être appliquée par l'arbitre alors même que d'autres conventions internationales sont applicables au transport.

731. Se pose alors la question de savoir si les parties peuvent dispenser leurs arbitres de suivre les règles de droit qui se seraient imposées à un juge.

L'arbitre, à la différence du juge, est investi de sa mission par une convention privée. Il serait logique qu'il n'ait à statuer que selon les principes prévus par la convention d'arbitrage¹³⁶⁴.

C'est ce que prévoit l'article 1496 du NCPC¹³⁶⁵. Même dans le cas où les parties ont désigné une Convention internationale applicable par la rédaction d'une clause Paramount, puis postérieurement au litige, ont conclu un compromis d'arbitrage comportant le choix de règles matérielles applicables au litige qui peuvent être différentes de celles choisies dans la clause Paramount, l'arbitre doit appliquer les règles matérielles choisies par les parties dans le compromis d'arbitrage qui fonde sa compétence. En effet, la procédure arbitrale est affranchie

¹³⁶⁴ Monsieur Arradon souligne que les articles 1492 à 1496 vont rassurer pleinement l'arbitre « et lui permettre de s'affranchir de ce qui pourrait lui apparaître comme un carcan juridique éloigné de l'esprit de l'arbitrage », François Arradon, *L'arbitrage maritime : le point de vue du praticien*, DMF spécial arbitrage n° 681, 2007, à. 391.

¹³⁶⁵ «L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisi », article 1496 NCPC.

de toute loi nationale¹³⁶⁶. Elle est aussi libérée de toute insertion dans l'ordre juridique de l'Etat dans lequel elle a été rendue¹³⁶⁷.

732. Le principe selon lequel les parties ayant recours à l'arbitrage ont la libre disposition du droit applicable au fond de leur litige n'a pas seulement été consacré par le droit français mais aussi par la loi-type de la CNUDCI relative à l'arbitrage commercial international, adoptée le 21 juin 1985. Ce modèle de loi uniforme¹³⁶⁸ devant « rechercher à travers la préparation de ce texte à aider les Etats à réformer et à moderniser leur droit applicable à l'arbitrage (international)... (à) limiter les divergences pouvant résulter de l'interprétation de la Convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères... et (à) minimiser les conflits possibles entre les règlements d'arbitrage et les lois nationales »¹³⁶⁹. Cette loi-type ayant vocation à s'appliquer à l'arbitrage commercial international¹³⁷⁰ précise en son article 28-1 que « le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend... ». Le terme « règle de droit » est un terme large. Le commentaire analytique de la loi-type¹³⁷¹ précise que le groupe de travail avait expressément prévu que les parties puissent choisir de soumettre leur litige : « à une convention internationale de droit uniforme » (même si elle n'est pas encore en vigueur), aux « usages du commerce » international, ou encore à des règles de droit qui se rattachent à « plusieurs ordres juridiques »¹³⁷².

On trouve encore ce principe de libre disposition par les parties du droit applicable à leur litige dans la plupart des règlements d'arbitrage internationaux des grandes institutions spécialisées en matière d'arbitrage. Ceux les plus communément utilisés sont le règlement de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI et le règlement d'arbitrage international de l'American Arbitration Association (AAA). Ils disposent, pour le règlement CCI, que « les parties seront libres de choisir les règles de droit que le tribunal arbitral devra appliquer au

¹³⁶⁶ Règle consacrée en France par les articles 1494 et 1495 du NCPC.

¹³⁶⁷ En effet son annulation dans ce pays n'interdit pas à elle seule son exécution en France, Cass. Civ. 1ère, 22/10/1994, « Hilmarton », Bull. Civ. n°104, p. 79, JDI, 1994, p. 701, Emmanuel Gaillard.

¹³⁶⁸ Ce n'est pas une Convention internationale contenant du droit uniforme ni une quelconque norme juridique internationale mais seulement un modèle qui devient norme juridique uniquement lorsqu'il a été adopté, en tout ou partie, dans l'ordre juridique de l'Etat qui s'en inspire ou l'adopte. Jean-Michel Nogueroles, *De la primauté des règles de droit transnationales dans la résolution au fond, par voie d'arbitrage, des litiges du commerce international. Une étude comparée : France-Suisse-Amérique du Nord*, thèse pour le doctorat en droit sous la direction du Professeur Gavalda, Université de Paris I 1999, p. 61.

¹³⁶⁹ Traduction de Jean-Michel Nogueroles, *ibid.* p. 62.

¹³⁷⁰ Sa définition de l'internationalité est différente de celle retenue en droit interne puisqu'ici il faut que soit les parties, le lieu ou l'objet présentent un caractère international.

¹³⁷¹ Figurant au rapport du Secrétariat Général à la 18^{ème} session de la CNUDCI.

¹³⁷² Il y a donc admission du dépeçage juridique.

fond du litige... » (article 17-1), et pour le règlement AAA que « le tribunal (arbitral) appliquera le droit ou les règles de droit choisis par les parties comme étant applicables au fond... ». Ce principe d'autonomie a aussi été consacré par l'Institut de droit international dans une résolution¹³⁷³ qui dispose, en son article 6, que « les parties ont pleine autonomie pour déterminer les règles et principes de droit matériel qui doivent être appliquées par les arbitres ».

733. En matière maritime, les parties peuvent avoir uniquement désignées une Convention par une clause Paramount, puis, postérieurement à la survenance du litige, conclues un compromis d'arbitrage sans renouveler le choix de la loi applicable. Lorsque l'arbitre choisi n'a pas d'autre élément pour rechercher la volonté des parties que la clause Paramount, il s'agit de déterminer s'il doit être donné effet à cette dernière par préférence aux autres conditions d'applications des textes en conflit. Dans ce cas, la clause Paramount prime, cela s'explique par le fait que l'arbitre est tenu de rechercher la volonté des parties, que celle-ci soit expresse ou tacite. Une clause Paramount désignant une Convention applicable fera préférer ce texte à toute autre Convention applicable.

Les parties peuvent aussi désigner un texte de droit uniforme qui pourrait avoir vocation à s'appliquer à leur litige alors même que le transport litigieux n'entre pas dans son champ d'application. La Convention internationale en question étant une « règle de droit » désignée par les parties, l'arbitre est avant tout tenu de respecter la volonté des parties¹³⁷⁴.

2) Les parties n'ont pas prévu le droit applicable

734. En l'absence de choix par les parties du droit qui permettra de résoudre leur litige, l'arbitre dispose d'une grande autonomie pour choisir le droit applicable au litige¹³⁷⁵. L'arbitre disposera notamment d'une liberté totale pour déterminer la méthode employée pour choisir le droit applicable. L'arbitre pourra ainsi appliquer une règle de conflit qui lui semble appropriée¹³⁷⁶. Il est totalement autonome par rapport au pays du siège, l'arbitre n'ayant pas, selon la formule consacrée, de *lex fori*¹³⁷⁷. Il peut également, selon la méthode de la voie

¹³⁷³ Adoptée à Saint-Jacques-de-compostelle le 12 septembre 1989.

¹³⁷⁴ Pierre Mayer, *L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé*, *Mélanges Loussouarn*, Dalloz Paris, 1994, p. 275 et s.

¹³⁷⁵ Pierre Fouchard, Berthold Goldman, Emmanuel Gaillard, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec Paris, 1996, p. 880.

¹³⁷⁶ Ibid. p. 1077 et 1092.

¹³⁷⁷ Pierre Lalive, *Les règles de conflit appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse*, *Revue de l'arbitrage* 1976, 155 et s.

directe, appliquer le ou les droits qu'il jugera appropriés. Aucune règle de conflit ne s'imposant à lui, il peut s'en passer.

735. Cette liberté de l'arbitre international peut connaître des restrictions si les parties ont choisi un arbitrage institutionnel et ont, de ce fait, accepté un règlement d'arbitrage. Cette liberté peut aussi être restreinte par la loi qui va régir l'arbitrage international. Dans ce cas, l'arbitre peut être tenu de choisir exclusivement une loi nationale (il ne pourra pas pratiquer le dépeçage ni invoquer une règle de droit transnationale) ou il peut être tenu d'utiliser une règle de conflit de lois pour déterminer le droit compétent (la voie directe est donc exclue).

736. En France, l'article 1496 du NCPC prévoit, en l'absence de désignation par les parties du droit applicable au fond de leur litige, que l'arbitre international fera application des règles de droit « qu'il estime appropriées. Il tient compte dans tous les cas des usages du commerce ». La loi française permet, de ce fait, d'une part la désignation du droit directement sans passer par des règles de conflit, et, d'autre part, de ne pas exclure le dépeçage et l'application de règles de droit transnationales.

Par conséquent, il est possible qu'en présence d'un conflit de Conventions, l'arbitre l'ignore pour appliquer des règles matérielles différentes de celles contenues dans les Conventions en conflit. Il ne faut pas oublier que les conventions « unifiantes » sont incorporées dans les droits des Etats membres qui font application de leurs dispositions indistinctement dans les rapports avec les Etats signataires et dans les rapports avec les Etats tiers¹³⁷⁸. Cependant, la portée de la règle matérielle d'origine conventionnelle n'est pas universelle. Il en résulte que l'application des règles matérielles contenues dans la convention se fera lorsque le litige sera porté devant les tribunaux d'un Etat signataire (ou par le biais de l'application de la méthode des conflits de lois pour les tribunaux d'un Etat tiers).

737. L'arbitre peut aussi, selon une méthode indirecte, faire usage de règles de conflits pour déterminer le droit applicable. Il dispose là encore d'une très grande liberté car aucune règle de conflit ne s'imposant à lui, il peut choisir celle qu'il estime la plus appropriée que ce soit en raison d'un lien avec le litige ou avec les parties, ou en raison de son contenu.

B - En présence d'une convention internationale impérativement applicable

738. Les parties peuvent désigner une règle juridique applicable¹³⁷⁹ (1) ou ne pas procéder à une telle désignation (2).

¹³⁷⁸ Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, *Droit international privé*, op. cit. , n°73, p. 59.

¹³⁷⁹ Convention internationale ou droit national lié par une convention internationale.

1) Les parties ont prévu le droit applicable

739. La question qui se pose ici est celle de savoir si les parties peuvent, par le biais d'une clause d'arbitrage prévoyant le droit applicable, échapper à l'application d'une convention internationale qui aurait vocation à régir le litige ?

Rappelons que les dispositions des conventions internationales s'adressent aux tribunaux des Etats contractants et ne s'imposent pas de ce fait aux arbitres, même si l'arbitre siège dans un Etat contractant. Il faut, cependant, nuancer cette réponse. Les arbitres doivent dégager leurs propres solutions pour le conflit qui leur est soumis, en donnant la plus grande place à la loi d'autonomie. Ils ne peuvent cependant pas se désintéresser de la reconnaissance ou de l'exécution des sentences qu'ils vont rendre, sinon ils mettraient en péril l'intérêt même d'un recours à leur arbitrage. Il en résulte que, si une Convention internationale intégrée dans l'Etat du for se déclare applicable, l'arbitre pourra être tenté de la privilégier.

Cette hypothèse se réalise cependant rarement car la plupart des sentences arbitrales sont observées sans procédure d'exequatur, sinon l'arbitrage international ne se développerait pas de cette façon. En effet, quel serait l'intérêt d'avoir recours à une justice privée, souvent coûteuse, si des procédures d'exequatur devant les juridictions étatiques étaient systématiquement engagées ?

- La loi désignée par les parties contient une convention internationale qui se déclare applicable

740. Dans l'hypothèse où la loi désignée¹³⁸⁰ est celle d'un Etat lié par une convention et que celle-ci se déclare applicable, il y a moins de difficulté car, dans ce cas, l'arbitre est tenu d'appliquer la convention. Cette obligation résulte du fait que la convention concernée fait partie du droit en vigueur dans l'Etat dont la loi a été désignée par les parties. En revanche, il semblerait, ce qui n'est pas logique, que si un problème d'interprétation de la convention se pose, l'arbitre le résout de façon autonome. En effet, la sentence numéro 1069 de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris précise qu'« il apparaît au tribunal arbitral que le droit applicable aux difficultés à résoudre est précisément d'essence internationale sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur le contenu que tel ou tel droit national pourrait être conduit à attribuer aux

¹³⁸⁰ On doit entendre le terme « loi » dans ce contexte comme signifiant le « droit » c'est-à-dire toutes les normes juridiques de l'Etat visé.

conventions internationales. Il n'y a pas une lecture anglaise, une lecture française, une lecture japonaise etc. Le tribunal, en tant d'ailleurs que « juridiction nationale » se propose donc de faire une lecture directe des textes ». Cette décision se justifie par la nature même des conventions internationales et par la nécessité qu'elles donnent lieu à des interprétations uniformes.

741. Pourtant, d'un point de vue strictement juridique, si cette décision se justifie lorsque l'arbitre applique directement une convention internationale car il estime que c'est la règle de droit la plus appropriée pour le litige. Elle ne se justifie pas en revanche lorsqu'il applique cette convention internationale en tant que texte international ratifié par cet Etat et qui se déclare applicable au litige. Dans ce cas, il applique ce texte en tant que droit interne d'origine internationale. Il devrait alors appliquer ce texte tel qu'il est appliqué dans le pays dont les parties ont choisi la loi.

742. Ensuite, si une convention entre en conflit avec une autre convention, la résolution du conflit se fera au bénéfice de la convention qui lie l'Etat dont le droit a été désigné par les parties¹³⁸¹. Concrètement, il en résulte que dans l'hypothèse où des parties désignent le droit tunisien applicable à leur litige, l'arbitre devra appliquer les Règles de Hambourg qui lient la Tunisie alors même que la Convention de 1924 serait applicable.

743. Les Règles de Hambourg prévoient des dispositions qui s'imposeront justement en cas de choix par les parties de recourir à l'arbitrage. Pour la première fois, les Règles de Hambourg ont admis que des procédures d'arbitrage pouvaient être engagées contre le transporteur en cas de pertes ou de dommages à la cargaison.

L'article 22 intitulé « arbitrage » limite surtout la liberté contractuelle du transporteur en matière d'arbitrage en prévoyant¹³⁸² les lieux où la procédure d'arbitrage peut être engagée. Par ce biais, les Règles de Hambourg restreignent l'effet des clauses d'arbitrage¹³⁸³. Effectivement, même si elles reconnaissent la validité des conventions d'arbitrage et sous

¹³⁸¹ Il est possible d'en trouver une illustration dans la sentence 1090 du 24 juin 2003 de la Chambre arbitrale de Paris. Dans cette espèce les arbitres devaient trancher un conflit entre les Règles de Hambourg (ratifiées par le Maroc, pays du port de chargement) et la Convention de Bruxelles visée par la clause Paramount. Les arbitres ont appliqué la Convention de Bruxelles car les parties en ont fait le choix dans la clause Paramount du connaissance. Si l'Etat en question a ratifié plusieurs conventions qui entrent en conflit, l'arbitre pourra utiliser les règles classiques de conflit de conventions posées par la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 tel que *lex posterior derogat priori* (article 30 § 3 et 4).

¹³⁸² L'article 22 alinéa 3 offre cinq possibilités au requérant : le siège social du défendeur ou la résidence habituelle du défendeur ; le lieu où le contrat a été conclu (si le défendeur y a son bureau, une branche ou une agence par lequel le contrat a été conclu) ; le port de chargement ; le port de déchargement ; tout lieu désigné dans la clause ou l'accord d'arbitrage

¹³⁸³ Le projet de Convention CNUDCI ne contient pas un tel mécanisme puisque l'article 78 prévoit la libre désignation par les parties du lieu désigné dans la convention d'arbitrage à condition que ce soit une personne qui fasse valoir un droit contre le transporteur (le projet contient des dispositions particulières s'agissant des contrat de volume, des transports autres que de ligne régulière...).

certaines conditions, leur incorporation dans les connaissements, en donnant au demandeur une option en ce qui concerne le lieu d'arbitrage, celui-ci n'est pas définitif mais facultatif (le demandeur peut ainsi invoquer la clause compromissoire pour engager l'arbitrage, mais l'engager dans un lieu différent de celui prévu à la clause). On peut se demander à l'instar de Monsieur Lopuski s'il ne faut pas y voir « une intention sérieuse de combattre les tendances monopolistiques de certains centres d'arbitrage maritime »¹³⁸⁴. En effet, des clauses leur donnant compétence pourront ne pas être respectées par les demandeurs sauf si ces organismes organisent l'arbitrage en dehors de leur siège, ce à quoi souvent ceux-ci sont très réticents.

Les alinéas 4 et 5 de l'article 22 imposent aux parties qui adoptent une clause d'arbitrage l'ensemble des dispositions de fond des Règles de Hambourg. L'arbitrage ne peut se dispenser de respecter les dispositions impératives de la Convention. La liberté contractuelle des parties est ainsi restreinte de façon plus générale dans les Règles de Hambourg. L'article 23-1 prévoit que « toute stipulation figurant dans un contrat de transport par mer, dans un connaissement ou tout autre document faisant preuve du contrat de transport par mer est nulle pour autant qu'elle déroge directement ou indirectement aux dispositions de la présente Convention ».

En ce qui concerne un compromis d'arbitrage, l'article 22-6 prévoit qu'« aucune disposition du présent article n'affecte la validité d'un accord relatif à l'arbitrage conclu par les parties après qu'un litige est né du contrat de transport par mer ». Les dispositions concernant l'arbitrage contenues dans les Règles de Hambourg n'affectent pas la validité des accords conclus après que le litige soit né. Il en résulte que les Règles de Hambourg consacrent la validité des compromis d'arbitrage. Ce qui est assez surprenant dans cette formulation, c'est qu'elle semble permettre aux parties, en cas de compromis d'arbitrage, de renoncer au choix offert par l'alinéa 3 du lieu de l'engagement de la procédure arbitrale. La procédure devra être engagée au lieu prévu par la clause.

744. Ainsi, en présence d'une Convention internationale obligatoirement applicable, la liberté des parties s'agissant du contenu de la clause d'arbitrage (désignation du lieu de l'instance arbitrale, désignation du droit applicable...) est restreinte.

- La loi désignée par les parties ne contient pas de conventions internationales ou celles-ci ne sont pas applicables à l'espèce

¹³⁸⁴ Jan Lopuski, *Contrats maritimes internationaux et le problème de la liberté contractuelle*, DMF 1983, p. 343.

745. Lorsqu'aucune convention internationale n'a vocation à s'appliquer impérativement, les parties retrouvent la possibilité de prévoir le recours à l'arbitrage et de désigner le droit applicable à leur litige, à condition qu'elles respectent les dispositions internes du nouveau Code de procédure civile.

2) Les parties n'ont pas choisi de loi applicable

746. Dans cette hypothèse, un arbitre est-il tenu d'appliquer une convention internationale ? Cela ne semble pas être le cas car les conventions sont conclues par les Etats. L'arbitre étant une personne privée n'en est donc pas un destinataire¹³⁸⁵. L'arbitre, qu'une convention internationale contenant du droit uniforme se déclare ou non applicable au litige, est libre dans la détermination du droit si les parties ne l'ont pas fait.

Un arbitre n'est pas obligé d'appliquer tel ou tel droit étatique. Il peut choisir la loi qu'il estime appropriée. En revanche, il faut écarter, comme le fait le Professeur Mayer, l'idée selon laquelle l'arbitre doit élire une loi. C'est l'idée qu'« une convention d'arbitrage « sans loi » serait, comme tout contrat sans loi, inconcevable, un contrat ne pouvant avoir d'effet juridique que dans la mesure où un ordre juridique quelconque lui en confère un »¹³⁸⁶.

En effet, dans l'hypothèse où l'arbitre se sera vu reconnaître les pouvoirs d'amiable compositeur, il a la possibilité de créer des règles matérielles de droit international¹³⁸⁷.

747. L'arbitre dispose d'une très grande autonomie juridique puisqu'il est soustrait au devoir d'obéissance au droit. Dans l'arbitrage international, tout système juridique se réduit au rôle de « système de référence »¹³⁸⁸, la loi n'apparaissant plus que sous son aspect de proposition rationnelle, et non plus sous celui d'un véritable impératif. L'arbitre choisit entre les différentes lois comme entre autant de modèles possibles. Les arbitres rappellent d'ailleurs de temps à autre, tant leur indépendance vis-à-vis du for arbitral, que leur liberté concernant la méthode à suivre pour déterminer la loi applicable : « l'arbitre international ne dispose pas de *lex fori*, à laquelle il pourrait emprunter des règles de conflit de lois »¹³⁸⁹. Ainsi que l'indique Monsieur Derains, « n'étant pas tenu de respecter les règles d'un système de conflit de lois

¹³⁸⁵ Pierre Mayer, op. cit. , p. 399.

¹³⁸⁶ Pierre Mayer, op. cit. , p. 404.

¹³⁸⁷ C'est tout l'intérêt de cette stipulation.

¹³⁸⁸ Wilhelm Wengler, *Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat*, RCDIP, 1982, 467.

¹³⁸⁹ Sentence rendue par la Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale en 1971 dans l'affaire n° 1512 in Yves Derains, *L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige*, Revue de l'Arbitrage 1972, p. 102.

étatique plutôt qu'un autre, l'arbitre peut tout aussi bien en élire un de façon arbitraire que les rejeter tous en bloc et se forger son propre système »¹³⁹⁰. On se doute dès lors que le caractère international de l'arbitrage permet le choix de normes juridiques de sources diverses¹³⁹¹.

748. Cette liberté de choix de l'arbitre doit cependant être nuancée car la décision que les arbitres vont prendre en ce qui concerne la désignation du droit applicable est un choix de substitution qu'ils effectuent à la place des parties à qui cette option est normalement dévolue¹³⁹². Les arbitres sont à la recherche d'un choix approprié. Seul celui-ci apparaît conforme avec la nature des missions assignées par les parties. Celles-ci n'ont pas confié un blanc-seing à l'arbitre mais plutôt une mission de confiance : régler un différent qui en matière de transport international de marchandises par mer, au vu des quantités transportées, est souvent très important.

Les arbitres, ainsi confrontés à un vide juridique peu rassurant mais devant répondre aux attentes des parties, sont, de ce fait, à la recherche de l'attitude du « bon arbitre »¹³⁹³ comme il y a un « *bonus pater familias* ». L'arbitre se trouve soumis à des considérations diverses, et notamment à celle d'identifier le droit le plus approprié au litige. L'arbitre fonctionne en ce sens comme un juge étatique. Ce dernier agit par devoir alors que l'arbitre le fait par raison¹³⁹⁴, en privilégiant la loi avec laquelle le contrat entretient les liens les plus étroits. Cependant, à la différence du juge étatique, l'arbitre ne sera pas tenu par des règles de conflit. Il apparaît même, c'est ce qu'affirmait le Professeur Goldman en 1967, qu'il est possible de constater « une allergie assez prononcée de l'arbitrage commercial international à l'égard de l'utilisation pure et simple, ou en tout cas exclusive du système traditionnel de règlement des conflits »¹³⁹⁵. En effet, pour lui, les arbitres sont réticents à appliquer un tel système de règlement de conflits car ils n'ont pas de for et qu'un tel système « est nécessairement accroché à un for juridictionnel déterminé ». Pour cette raison, il apparaît que les arbitres ont recours, plus ou moins largement, à des règles matérielles propres aux relations internationales.

¹³⁹⁰ Yves Derains, op. cit. p. 103.

¹³⁹¹ Droit national, convention internationale voire un éventuel droit transnational ?

¹³⁹² Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque, *Droit du commerce international*, Dalloz Paris, 3ème éd. 2002, n°575, p. 432.

¹³⁹³ Pierre Mayer, *L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre faute*, op. cit. n° 83, p. 406.

¹³⁹⁴ Jean-Michel Jacquet, Philippe Delebecque, op. cit. , n° 576, p. 433.

¹³⁹⁵ Berthold Goldman, *Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international*, travaux du Comité français de droit international privé 1967, Paris Dalloz, 1970, p. 122.

749. Il est évident qu'une convention internationale largement ratifiée, comme l'est la Convention de Bruxelles, qui bénéficie de ce fait d'une large aura juridique sera souvent privilégiée par les arbitres, et ce d'autant plus si celle-ci se déclare applicable au litige en question. En effet, « l'accord d'un grand nombre de pays appartenant à des familles juridiques ou politiques différentes, même s'ils sont situés dans la même région du monde, confère en soi une autorité indiscutable à la Convention »¹³⁹⁶. Un arbitre sera d'autant plus tenté d'appliquer la Convention de Bruxelles que celle-ci a un dispositif relativement simple et qu'elle présente l'avantage d'une relative prévisibilité de ses solutions grâce à son ancienneté. Il faut en outre souscrire à l'opinion de Monsieur David qui écrivait : « (qu') il est contraire à l'ordre naturel des choses que des rapports de droit internationaux soient gouvernés par des droits nationaux. Dans une société bien conçue, ces rapports devraient être réglés directement par le droit international »¹³⁹⁷.

Il en sera bien sûr ainsi si une seule convention a vocation à s'appliquer. La situation sera plus complexe si l'arbitre est confronté à un conflit de conventions. En cas de conflit impliquant des conventions, l'arbitre disposera d'une liberté totale pour déterminer la méthode employée pour choisir le droit applicable. Il pourra dans ce cas appliquer la règle de conflit qui lui semble la plus adéquate¹³⁹⁸, et ainsi, appliquer selon la méthode directe, le ou les droits qu'il jugera appropriés.

En ce qui concerne les éléments sur lesquels peut se fonder l'arbitre pour résoudre un conflit impliquant des conventions, il convient de renvoyer aux développements précédents sur la résolution de ces conflits¹³⁹⁹.

L'arbitre peut aussi choisir d'ignorer le conflit de conventions pour appliquer des règles matérielles différentes.

Une autre raison plaide en faveur du choix par l'arbitre d'une convention internationale. Il s'agit de la considération de l'efficacité de la sentence. L'arbitre se préoccupe de la reconnaissance de sa sentence dans les différents ordres juridiques étatiques et en particulier celui du lieu où doit être reconnue la sentence ou celui du lieu de la juridiction susceptible d'être saisie d'un recours en annulation. Pour ce faire, l'arbitre aura tendance à imposer aux parties le respect des lois d'application immédiate du ou des système(s) juridique(s) ayant un

¹³⁹⁶ Pierre Mayer, op. cit. , n° 103, p. 426.

¹³⁹⁷ René David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris 1982, p. 104.

¹³⁹⁸ Solution donnée par exemple par les règlements d'arbitrage de la CCI et de la CNUDCI textes complets in : Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec Paris, 1996, p. 1092 et 1077.

¹³⁹⁹ Cf. n° 284 et s. La Convention de Vienne ne permettant pas à l'arbitre de résoudre tous les conflits impliquant des conventions, il faudra le renvoyer aux règles de conflit de Conventions élaborées par la doctrine.

lien avec la situation juridique examinée¹⁴⁰⁰. En effet, les juges du lieu de reconnaissance en font généralement, par le biais du contrôle de l'ordre public, une condition de la reconnaissance de la sentence.

750. L'arbitre est ainsi sensible dans ses décisions, au respect de ce qui est nommé l'ordre public transnational¹⁴⁰¹, composé des dispositions dont les valeurs sont partagées par la plupart des systèmes juridiques, ce qui le conduit à en imposer le respect aux parties¹⁴⁰². Il en est ainsi par exemple du principe du contradictoire¹⁴⁰³.

D'abord, en ce qui concerne le déroulement de la procédure arbitrale, il semble que l'arbitre doive respecter l'ordre public du pays de localisation de l'arbitrage¹⁴⁰⁴. En effet, ces règles d'ordre public « international » sont suffisamment importantes pour que l'Etat y soumette même les actes ou les faits régis par une loi étrangère¹⁴⁰⁵. Ces règles d'ordre public international de procédure sont peu nombreuses. Elles se confondent avec des principes d'ordre public « réellement internationaux ». Leur non-respect pourra se traduire par le refus d'exequatur dans le pays de l'arbitrage.

Quant au fond du litige, l'arbitre va ici être surtout sensible à l'ordre public « international » du pays d'exécution¹⁴⁰⁶. L'ordre public « international » d'un Etat n'étant rien d'autre que des règles matérielles désignées par cet Etat et qui s'appliquent dans les relations internationales et permettent d'écarter une loi étrangère. C'est par exemple le cas de la règle énoncée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Messageries maritimes* du 21 juin 1950, selon laquelle la clause valeur-or est valable dans les contrats internationaux¹⁴⁰⁷. Ces principes d'ordre public seront souvent équipollents avec les principes d'ordre public des Etats intéressés par l'arbitrage¹⁴⁰⁸. En effet, « sauf à des périodes exceptionnelles de crise, où les législations d'assez nombreux Etats ont pu tourner le dos aux principes généraux du droit, l'ordre public de la communauté

¹⁴⁰⁰ Alexandre Malan, *L'extension du champ d'application d'une convention d'unification matérielle par la volonté des parties*, JDI 2004, n° 20, p. 454 et 455.

¹⁴⁰¹ Ou en tout cas international.

¹⁴⁰² Pierre Lalive, *Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international*, Revue Arbitrage 1986, p. 329.

¹⁴⁰³ L'arbitre doit faire observer le contradictoire par les parties mais il doit également l'observer lui-même. La Cour de cassation ouvre ainsi la voie du recours en annulation contre une sentence arbitrale dans laquelle un arbitre avait fondé sa décision sur des moyens de droit relevés d'office « et sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations », Cass Civ. I, 14/03/2006, obs. Olivier Cachard, DMF n° 671, p. 479-487.

¹⁴⁰⁴ Qui peut aussi être le pays d'exécution.

¹⁴⁰⁵ Berthold Goldman, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, op. cit., p. 434, n° 46.

¹⁴⁰⁶ Qui peut là encore se confondre avec le lieu de localisation de l'arbitrage.

¹⁴⁰⁷ Françoise Monégier, *Droit international privé*, op. cit., n° 143.

¹⁴⁰⁸ En droit interne, sont d'ordre public toutes les règles qui ne peuvent être écartées par convention : « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » : article 6 du Code civil.

internationale correspond à un consensus de la plus grande partie des Nations sur ces principes généraux »¹⁴⁰⁹.

751. Ce que l'on vient d'exposer peut paraître surprenant si l'on s'en tient à une stricte logique juridique. L'arbitre n'étant pas juridiquement lié à un Etat déterminé, n'ayant pas de for géographique, il ne devrait tenir compte ni de l'ordre public de l'Etat dans lequel il siège ni de celui d'un autre Etat. De ce fait, seule se poserait pour lui la question d'un ordre public « réellement international »¹⁴¹⁰ qui pourrait faire obstacle à l'application de toute loi étatique « parce qu'elle serait contraire à des principes fondamentaux universellement admis par la communauté des nations »¹⁴¹¹. Pourtant, dans la pratique, il appert que l'arbitre doit tenir compte de l'ordre public du pays où siège l'arbitrage quant à la loi applicable à la procédure, et de celui du lieu où la sentence doit être exécutée pour la loi applicable au fond.

Ainsi, certaines sentences, afin d'éviter sans doute une éventuelle sanction par des juridictions nationales, ont considéré que les lois d'application immédiate du lieu où s'exécute le contrat s'imposaient aux parties quel que soit l'instrument ou la loi choisie par les parties pour régir leur contrat¹⁴¹². Comme le souligne le Professeur Fouchard¹⁴¹³, les arbitres du commerce international sont soumis à deux impératifs qui sont la souplesse et l'efficacité, l'efficacité rendant nécessaire une certaine prudence. Pour ce faire, la sentence arbitrale, qui doit être une solution internationale donnée à un conflit de lois, peut parfois être une sentence interne en ce que l'arbitre accepte la règle de conflit du « for » arbitral.

Il en résulte que si dans l'ordre ou les ordres juridiques du juge qui sera susceptible de contrôler la sentence arbitrale, une Convention internationale se déclare applicable au litige¹⁴¹⁴, l'arbitre aura tendance à l'appliquer. Par contre inversement, le choix d'une Convention internationale en dehors de son champ d'application normal ne peut s'effectuer en méconnaissance totale des dispositions impératives nationales ayant vocation à intervenir sur l'économie du contrat¹⁴¹⁵.

Remarquons cependant, ainsi que l'indique Monsieur Mayer, que « la considération de l'efficacité ne conduit l'arbitre qu'à vérifier la coïncidence du résultat auquel il parvient

¹⁴⁰⁹ Berthold Goldman, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, op. cit. , n° 48, p. 437.

¹⁴¹⁰ Jean Paulin Niboyet, *Le rôle de la justice internationale en droit international privé*, RCADI 1932, II, p. 157 et s.

¹⁴¹¹ Berthold Goldman, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, RCADI 1963, II, p. 432 et 433.

¹⁴¹² Yves Derain, *L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international*, Revue Arbitrage 1986, p. 375.

¹⁴¹³ Philippe Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, op. cit. , p. 390.

¹⁴¹⁴ Et ce d'autant plus si celle-ci est ancienne et largement diffusée comme l'est la Convention de Bruxelles.

¹⁴¹⁵ Alexandre Malan, op. cit. , n° 20, p. 455.

(compétence ou incompétence) avec celui dont il pense qu'il sera consacré par le juge contrôleur »¹⁴¹⁶.

752. Dans l'ordre juridique interne, fortement teinté de positivisme légaliste, les normes de référence émanent de sources publiques, celles émanant d'autres sources n'ayant qu'un rôle secondaire ou de complément. Contrairement à cela, en matière d'arbitrage règne un large pluralisme juridique¹⁴¹⁷, les arbitres utilisent aussi bien des règles d'origine publique que privée¹⁴¹⁸. Une telle faculté leur est offerte grâce à la possibilité, tant pour les parties que pour les arbitres, de déterminer les règles gouvernant aussi bien le fond du litige que la procédure.

753. A côté de ces règles d'ordre public, qui même si elles ont la qualification « d'internationales » sont nationales, l'arbitre doit tenir compte d'un ordre public international indépendant de ceux des Etats¹⁴¹⁹.

Les arbitres font usage très fréquemment de règles transnationales¹⁴²⁰ ainsi que de règles plus informelles comme la morale et l'équité.

L'usage de telles règles semble conférer aux arbitres un pouvoir créateur de droit. Il faut alors vérifier l'hypothèse selon laquelle les opérateurs du transport international de marchandises par mer, par le biais de l'arbitrage commercial international, seraient à l'origine d'un droit uniforme, ou en tout cas d'un droit issu de la pratique.

¹⁴¹⁶ Pierre Mayer, op. cit. , n° 84, p. 407.

¹⁴¹⁷ Bruno Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, collect. droit éthique et société, PUF 1998, p. 87.

¹⁴¹⁸ Coutume, usage, conditions générales de contrats, contrats-types, textes corporatifs, doctrine...

¹⁴¹⁹ Philippe Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, thèse pour le doctorat en droit, Dijon 1963, n° 573.

¹⁴²⁰ Principes généraux du droit, usages du commerce...

Section II – L'œuvre « uniformisatrice » de l'arbitrage

754. Il importe de se demander si l'application de règles détachées de tout ordre juridique par les arbitres, conformément à l'accord des parties ou en l'absence de choix d'une règle de droit par les parties, ne peut être un moyen de pallier l'incapacité des Etats à assurer une réglementation uniforme et suffisamment prévisible pour les utilisateurs du transport international de marchandises par mer.

La vérification de cette hypothèse impose l'examen de la nature de ces règles afin de se demander si elles ne constituent pas un ordre juridique transnational (paragraphe 1). Il sera ensuite traité plus spécifiquement du rôle joué par l'arbitrage en matière de droit du transport international de marchandises par mer (paragraphe 2).

Paragraphe 1 – L'appréciation d'une éventuelle création d'un ordre juridique transnational par l'arbitrage

755. L'International Law Association, lors de sa conférence tenue au Caire en avril 1992, prit une résolution aux termes de laquelle : « le fait qu'un arbitre international ait fondé une sentence sur des règles transnationales (principes généraux du droit, usages du commerce, etc...), plutôt que sur le droit d'un Etat déterminé ne devrait pas, à lui seul, affecter la validité ou le caractère exécutoire de la sentence lorsque les parties se sont accordées pour que l'arbitre applique des règles transnationales, ou lorsque les parties sont demeurées silencieuses sur le droit applicable »¹⁴²¹. Il est ainsi possible de se demander si l'utilisation de principes généraux du droit, qui peuvent apparaître comme le principal procédé d'élaboration de règles juridiques par les arbitres internationaux, ne pourrait constituer, par leur systématisation, la création d'un corps juridique ? L'utilisation par les arbitres de ces principes généraux (A) soulève le problème de leur juridicité (B).

A - L'utilisation par les arbitres des principes généraux

756. Les juridictions arbitrales font, en toute matière, très souvent appel à la notion de principes généraux, aussi bien pour les règles de la procédure que pour celles de fond, et cela, même lorsque les parties au litige ne l'ont pas prévu.

¹⁴²¹ Cité par Bruno Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, op. cit. p. 88.

757. Les sentences arbitrales donnent différentes terminologies à ces principes, parlant parfois des « principes généraux du droit international privé », « des principes généraux largement admis régissant le droit commercial international »¹⁴²². Ces principes généraux que les arbitres énoncent à l'occasion des rapports litigieux qui leur sont soumis sont très divers. Pour le Professeur Boulanger, « ils contiennent, à l'état de virtualité, un grand nombre des solutions qu'exige la pratique » et constituent « un indispensable élément de fécondation de l'ordre juridique positif »¹⁴²³.

D'ailleurs, l'arbitre faisant application de ces règles de droit non étatiques ne statue pas en équité, ce qui confirme le caractère juridique des principes généraux du droit et des règles coutumières transnationales¹⁴²⁴.

Leur admission en matière d'arbitrage international peut se comprendre, l'arbitrage international étant largement favorisé parce qu'il serait un moyen de faciliter le commerce international. Il est ainsi aisément compréhensible que les opérateurs du commerce international, rebutés par les conflits de lois et de juridictions, aient à leur disposition un corpus juridique matériel spécifique et adapté à leurs besoins.

758. L'utilisation et l'efficacité de tels « principes généraux » pose problème aux juristes¹⁴²⁵. Ces principes généraux utilisés dans l'arbitrage international le sont de façon autonome, sans référence à un texte ou même a contrario d'un texte. Il n'y a pas d'énumération de ces principes. Ceux-ci émanent d'autorités privées, extrêmement diverses, qui ne semblent pas a priori habilitées à édicter des normes juridiques. Il est alors possible de se poser la question de la légitimité de ces règles, puisque leur efficacité est admise par les tribunaux¹⁴²⁶.

En ce qui concerne le fait que ces normes soient adoptées par des organismes privés et non par des Etats, cela ne semble pas poser de problème, car l'Etat n'est pas « l'ordre juridique total » et son droit « le seul vrai droit » (Kelsen). Ainsi, analysant la notion de principes dans la jurisprudence arbitrale, le Professeur Oppetit dans une troisième acception y voit, « de véritables règles de droit positif... dans la mesure où l'on admet que la juridicité puisse

¹⁴²² Pour une liste plus complète des différents termes usités, cf. Bruno Oppetit, *Les principes généraux en droit international privé*, Archives de philosophie du droit, T 32, p. 182.

¹⁴²³ Jean Boulanger, *Principes généraux du droit et droit positif*, in *Le droit privé au milieu du vingtième siècle*, Etudes offertes en l'honneur du doyen Ripert, TI, p. 51.

¹⁴²⁴ Paris, 12/06/1980, Revue Arbitrage 1981, 292, 2ème esp., et Cass. Civ. I 04/07/1972, JDI 1972, p. 843, note Oppetit, RCDIP 1974, p. 82, note Level.

¹⁴²⁵ Comme le souligne Filali Osman « aucun concept n'a suscité autant de controverses, propres à semer le doute et la confusion dans l'esprit de tout juriste, que celui de principes généraux », in *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*, Paris 1992, p. 323.

¹⁴²⁶ Cass. Civ. I 04/07/1972, JDI 1972, p. 843, note Oppetit.

découler de phénomènes spontanés ou de toute autre origine et où l'on récuse le monopole étatique de production des règles de droit au nom d'une conception pluraliste des ordres juridiques »¹⁴²⁷.

Comme le souligne le Professeur Chevallier, « la cristallisation d'identités collectives - locales, nationales et internationales - dans des institutions structurées est inévitablement assortie d'une production juridique destinée à affermir leur identité, à maintenir leur cohésion, à assurer leur survie ; à partir du moment où l'institution atteint une certaine envergure, la rigueur, la cohérence et la complétude de ce dispositif s'accroissent, par un travail de systématisation et de formalisation : on est alors en présence d'îlots de droit, qui ont tous les caractères de véritables ordres juridiques »¹⁴²⁸. Indépendamment de ces îlots organisés, pour Monsieur Loquin, il existe un ordre juridique transnational « qui résulte de la conscience commune des opérateurs et des différentes autorités de besoins propres du commerce international et de la nécessité de placer celui-ci, pour cette raison, sous l'empire de normes spécifiques. Le produit juridique de cet ordre juridique transnational est la reconnaissance par ces autorités de règles appropriées aux besoins du commerce international »¹⁴²⁹.

759. L'affirmation de la juridicité de ces principes du droit « a-national » utilisés par les arbitres semble démontrer que ceux-ci participent à la création d'un corps juridique détaché des Etats. Cette affirmation doit être vérifiée.

B - La juridicité de ces principes généraux

760. Monsieur Heuzé propose une définition de la notion de juridicité : « est juridique toute situation constituée, et toute norme édictée par les organes d'un ordre juridique déterminé »¹⁴³⁰. Cette définition est critiquée par Monsieur Osman. Cet auteur démontre, en utilisant l'exemple de l'établissement, par les Ministres français, de circulaires interprétatives de textes législatifs ou réglementaires¹⁴³¹, qu'un organe de l'ordre juridique français peut prendre des actes administratifs qui ne rajoutant ou ne soustrayant rien aux textes interprétés

¹⁴²⁷ Bruno Oppetit, Cass. Civ. II 09/12/1981, S.N.C.T. Fougerolle c./Banque du Proche-Orient S.A.I., Clunet 1982, p. 931-941.

¹⁴²⁸ Jacques Chevallier, *Droit, ordre, institution*, Revue française de théorie juridique, 1989 n° 10 *Définir le droit*, p. 21 et 22.

¹⁴²⁹ Eric Loquin, *La réalité des usages du commerce international*, Revue internationale de droit économique, 1989, p. 167.

¹⁴³⁰ Vincent Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes.*, Paris, éd. G.L.N. Joly, 1990, 312 p.

¹⁴³¹ Actes administratifs ne revêtant pas de caractère réglementaire s'ils n'ajoutent ou ne soustraient rien aux textes interprétés. C.E. , 29/01/1954, Institution Notre-Dame-du-Kreisker, Recueil Lebon, p. 64.

sont ainsi dépourvus de juridicité. Monsieur Osman propose une autre définition qui paraît beaucoup plus complète, « la juridicité d'une norme provient, non seulement de ce qu'elle est édictée par un organe hissé au rang de source formelle d'un ordre juridique considéré, mais également de ce que ladite norme crée des droits et des obligations dans le chef de ses destinataires, modifiant ainsi l'ordonnement juridique »¹⁴³².

761. Se pose ainsi l'exigence du caractère obligatoire de la norme. A l'égard des parties à l'arbitrage, si un arbitre fait référence dans sa sentence arbitrale à des principes généraux du commerce international, une telle norme aura un caractère obligatoire. En revanche, ces principes généraux n'ont pas, en principe, vocation à s'imposer aux autres arbitres, et a fortiori aux autres opérateurs du commerce international.

Cette règle n'apparaît pas, par conséquent, comme une règle générale mais spéciale. Pourtant, il est évident qu'elle modifie l'ordonnement juridique applicable aux parties à l'arbitrage, et de ce fait, constitue bien une règle juridique. On pourrait en outre considérer que ce principe général, dégagé au cours d'un arbitrage intéressant le commerce international, existe alors même qu'il n'est pas appliqué systématiquement par les autres arbitres. Cette théorie semble confortée par le fait que Monsieur Romano nie « que la sanction soit un élément nécessaire du droit » car elle « paraît pouvoir n'être l'objet d'aucune norme spécifique : elle peut par contre être immanente, latente dans les rouages mêmes de l'appareil organique que constitue l'ordre juridique pris dans son ensemble ; elle peut être une force n'agissant même qu'indirectement, une garantie effective qui n'engendre aucun droit subjectif établi par une quelconque norme, un moyen de pression nécessairement inhérent au pouvoir social.¹⁴³³ ». Pour Monsieur Osman, ces principes généraux sont empruntés aux différents droits nationaux, puis sont dépouillés de leurs particularités nationales (abstraction), et ensuite ramenés à leurs aspects généraux par un effort de systématisation (généralisation)¹⁴³⁴. Selon l'expression de Monsieur Kahn, « leur expression par les arbitres entraîne toujours une transformation, une simplification, un détachement de l'origine qui permettent la transnationalisation de la règle »¹⁴³⁵.

En matière de droit privé, il apparaît que, si un concept est licite, celui-ci est légitime : « l'appréciation de la légitimité des situations juridiques est donnée entièrement par la

¹⁴³² Filali Osman, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria (contribution à l'étude d'un ordre juridique anational)*, LGDJ collect. Bibliothèque de droit privé T. 224, Paris 1992, p. 347 et 348.

¹⁴³³ Santi Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz Paris, 1975, p. 16 et 17.

¹⁴³⁴ Filali Osman, op. cit. p. 349.

¹⁴³⁵ Philippe Kahn, *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international*, Clunet 1989, p. 327.

régularité du titre au regard des règles existantes, c'est-à-dire d'un point de vue juridique, en dehors de toute démarche de l'esprit dans le domaine moral et politique »¹⁴³⁶.

762. Ainsi qu'il vient d'être vu, l'arbitre international possède le pouvoir d'édicter des règles juridiques. La doctrine positiviste étatique n'admet de droit que celui produit par l'Etat¹⁴³⁷. Ici des instances de justice privée détiennent cette prérogative. Ce pouvoir se justifie-t-il ?

Pour Monsieur Habermas, la « légitimité des règles est fonction de la possibilité d'honorer leur exigence de validité normative par la discussion ; en dernière instance, elle est fonction de leur genèse au moyen d'une procédure législative rationnelle, ou du moins de la possibilité de les justifier d'un point de vue à la fois pragmatique, éthique et moral »¹⁴³⁸.

Il apparaît aussi « qu'un système de droit dans son ensemble possède un degré de légitimité plus élevé que les normes juridiques prises isolément »¹⁴³⁹.

763. En ce qui concerne l'arbitrage en matière de commerce international, ce système de création de normes juridiques peut se justifier pour plusieurs raisons.

D'une part, il est nécessaire d'avoir des règles susceptibles d'adaptation permanente aux besoins d'un milieu professionnel en évolution constante. Or, il semble que les Etats sont incapables, s'agissant du commerce international, d'une telle réactivité, au vu des difficultés d'adoption de règles conventionnelles.

D'autre part, il faut constater un développement intense du commerce international et, de ce fait, une globalisation économique. Celle-ci induit une globalisation juridique¹⁴⁴⁰, un mouvement de « désétatisation du droit » et une « autonomisation juridique du commerce international »¹⁴⁴¹ qui se traduit par l'utilisation de cette forme de justice autonome qu'est l'arbitrage international pour le règlement des contentieux du commerce international. En effet, les rapports juridiques qui se nouent en matière de commerce international échappent chaque jour davantage aux lois nationales, pour être régis par le droit international privé. Il est aussi généralement admis que l'arbitrage peut substantiellement contribuer à son élaboration¹⁴⁴².

¹⁴³⁶ Paul Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz 1963, n°27, p. 231.

¹⁴³⁷ Cf. Georg Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, T2, Giard et Brière, 1913, p. 141 et s. ou Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey 1922 (réimprimé C.N.R.S. 1962), T1, p. 61.

¹⁴³⁸ Jürgen Habermas, *Droit et démocratie (entre faits et normes)*, Gallimard 1997, p. 44 et 45.

¹⁴³⁹ Ibid.

¹⁴⁴⁰ Cette notion sera étudiée de façon plus approfondie ultérieurement, cf. infra n° 961 et s.

¹⁴⁴¹ Jean-Bernard Aubry, *La globalisation, le droit et l'Etat*, collect. Clefs politiques, Montchrestien 2003, n°49 et 50.

¹⁴⁴² Henri Motulsky, *L'évolution récente en matière d'arbitrage international*, Revue de l'Arbitrage 1959, p. 3 et s.

764. Un argument milite cependant à l'encontre du rôle créateur de norme juridique de l'arbitre par le biais de l'utilisation des principes généraux. Il s'agit de la critique développée par Monsieur Wengler qui estime que les principes généraux du droit ne constituent pas un « système de règles juridiques précises » mais un « complexe de normes vagues »¹⁴⁴³. La difficulté terminologique évoquée précédemment semble venir renforcer cette opinion. Effectivement, la jurisprudence arbitrale utilise des expressions différentes. Selon une stricte analyse littérale, ces expressions différentes ne désignent-elles pas des notions différentes ?

Pour le Professeur Oppetit, « il n'est guère aisé d'opérer un classement entre ceux (des principes généraux) qui prennent place dans le cadre d'un droit national, ceux qui sont communs aux ordres juridiques nationaux, ceux que construit la Lex Mercatoria et ceux qui relèvent du droit international : la doctrine est profondément divisée et la jurisprudence arbitrale extrêmement pragmatique »¹⁴⁴⁴. Monsieur Mayer postule, quant à lui, une place modeste de ces principes généraux du droit. Il soutient en effet que « l'examen des sentences arbitrales montre que l'on discute soit l'application aux données de l'espèce d'un principe vraiment général, soit l'existence d'une règle plus précise, dont on ne peut être assuré sans vérification approfondie que tous les systèmes la consacrent (et il est fréquent qu'une vérification même superficielle montre que le prétendu principe général est inconnu d'une famille juridique majeure) »¹⁴⁴⁵. Pour lui, la référence par l'arbitre à des principes généraux correspond à un simple « procédé d'élaboration de règles et non à un recueil de règles toutes prêtes à servir ».

765. L'argumentation du Professeur Mayer est brillamment parée par le Professeur Oppetit qui rappelle « qu'il revient au seul agent disposant du pouvoir légal d'application du droit non seulement d'interpréter la règle, mais d'établir son existence... il suffit que l'organe légal de décision déclare mettre en oeuvre un principe juridique pour que celui-ci soit réputé avoir précédé sa découverte »¹⁴⁴⁶.

Le Professeur Muir Watt s'interroge sur ce point : « le vrai débat s'engage aujourd'hui au sujet non pas de la juridicité des principes ainsi visés, mais de leur autonomie. On est confronté ici à l'énigme bien connue du juge-inventeur : celui-ci découvre-t-il, « suspendues » dans l'esprit de l'ordre juridique¹⁴⁴⁷, les valeurs qui auraient ainsi une existence extérieure à

¹⁴⁴³ Wilhelm Wengler, *Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat*, RCDIP 1982, p. 489 et 490.

¹⁴⁴⁴ Bruno Oppetit, *Les principes généraux en droit international privé*, op. cit. p. 185.

¹⁴⁴⁵ Pierre Mayer, *L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence*, op. cit. p. 423 et 424.

¹⁴⁴⁶ Bruno Oppetit, *Les principes généraux en droit international privé*, op. cit. , p. 184.

¹⁴⁴⁷ Jean Carbonnier, *Introduction au droit*, PUF Paris, 27^{ème} éd. 2002, n° 141.

leur porte-parole ? Ou ces dernières servent-elles tout simplement à camoufler la création prétorienne du droit ? »¹⁴⁴⁸.

766. Même si la réponse est incertaine, le problème de la juridicité des principes généraux dégagés par les arbitres internationaux et, par là même, leur rôle créateur de norme juridique a lui été résolu. Il faut souligner d'ailleurs à cet égard que le statut de la Cour Internationale de Justice¹⁴⁴⁹ a reconnu les principes généraux en tant que source du droit international¹⁴⁵⁰. Reste à vérifier l'efficacité de ces règles juridiques en se posant la question de leur autonomie.

Paragraphe 2 - L'appréciation de l'apport de l'arbitrage à l'uniformisation du droit

767. L'arbitrage ne peut jouer un rôle quelconque de création de droit transnational ou, tout du moins, d'uniformisation du droit qu'à la condition qu'il soit autonome vis-à-vis du juge étatique tenu par un corpus juridique.

Cette autonomie doit être vérifiée (A) avant de pouvoir apprécier, de façon plus spécifique, dans quelle mesure l'arbitrage international intervient en matière de transport international de marchandises par mer. Cela permettra de vérifier si l'arbitrage peut permettre aux opérateurs du transport international de marchandises par mer d'assurer une prévisibilité du droit applicable à leur litige (B).

A - L'autonomie de l'arbitrage international

768. Si l'arbitrage international semble a priori autonome des ordres juridiques nationaux (1), cette autonomie n'est qu'apparente (2).

1) Une autonomie de principe de l'arbitrage international

769. L'autonomie des règles matérielles dégagées par la jurisprudence arbitrale fait l'objet de contestations.

¹⁴⁴⁸ Horatia Muir Watt, *Les principes généraux en droit international privé français*, JDI 1997, p. 405.

¹⁴⁴⁹ Il s'agit de l'ancienne Cour permanente de Justice internationale, c'est l'organe judiciaire principal des Nations unies qui siège à La Haye.

¹⁴⁵⁰ Article 38, Paragraphe 1, lettre c.

Monsieur Kassis se demande, à propos des principes généraux, « comment il serait possible d'en faire une partie du contenu spécifique d'un droit « a-national » ; alors qu'ils font aussi partie des divers droits nationaux »¹⁴⁵¹. Une telle critique est rejetée par Monsieur Osman pour qui ces principes généraux tirent leur juridicité et leur autonomie du fait de leur réception par un « ordre juridique récepteur » (l'arbitrage international). Il cite Monsieur Romano pour qui « une obligation naturelle issue d'un ordre juridique donné, et « transportée » dans un autre ordre, verra sa juridicité au sein de ce dernier, appréciée en fonction de ce seul ordre¹⁴⁵² ». Monsieur Osman ajoute que le raisonnement est valable quel que soit le type de norme.

770. Ce qui est surtout contesté, c'est l'autonomie de la justice arbitrale par rapport à celle étatique. Pourtant, les Etats ont une attitude bienveillante à l'égard de l'arbitrage international, cette bienveillance pouvant s'expliquer, outre l'efficacité de ce mode de règlement des litiges pour des acteurs économiques indépendants, par la réticence des Etats à se soumettre à des institutions supranationales, ce qui les conduit à considérer l'arbitrage comme le meilleur des substituts à des cours de justice internationales. Malgré cette attitude, il semble que l'autonomie de principe dont paraît bénéficier l'arbitrage international soit artificielle.

Il faut d'abord rappeler que chaque Etat détermine quels sont les litiges susceptibles d'être résolus par voie d'arbitrage. Il en résulte que la juridiction étatique bénéficie d'une plénitude de juridiction, alors que pour l'arbitrage, l'arbitralité du litige est une condition de validité de la convention d'arbitrage. La convention d'arbitrage est d'ailleurs annulable devant les tribunaux de l'Etat dont les règles ont été violées.

D'autre part, d'après le Professeur Lalive, « d'une manière générale, le législateur national est fidèle à son rôle qui, en droit du commerce international, n'est pas seulement de chercher à conclure ou ratifier des accords tendant à fixer le droit applicable (...) ou à élaborer une réglementation substantielle et uniforme (...) ; il est aussi d'éliminer, dans le cadre national toutes les incertitudes que laissent subsister les conventions internationales, de fournir, pour le bon fonctionnement de l'arbitrage international, les points d'appui nécessaires à la fois aux accords internationaux, aux usages du commerce, à la « codification » professionnelle ou privé ou aux dispositions adoptées par les parties elles-mêmes dans l'exercice de leur autonomie, par exemple en matière de procédure arbitrale »¹⁴⁵³.

¹⁴⁵¹ Antoine Kassis, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris LGDJ 1984, n° 814 bis, p. 524.

¹⁴⁵² Santi Romano, *L'ordre juridique*, op. cit. , p. 142.

¹⁴⁵³ Pierre Lalive, *Codification et arbitrage international*, in *Le droit des relations économiques internationales*, Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec Paris, 1982, p. 156.

771. Pour que la sentence arbitrale soit reconnue dans l'ordre étatique et suivie de l'ordonnance d'exequatur, il faut que le juge étatique contrôle d'abord la procédure arbitrale et établisse ensuite la conformité de la sentence avec l'ordre étatique.

En droit français, l'article 1498 du NCPC applicable à la fois aux sentences arbitrales rendues en France et à l'étranger en matière d'arbitrage international, dispose que : « les sentences arbitrales sont reconnues en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international... ». L'article 1502 du NCPC prévoit quant à lui, en matière de recours contre les sentences arbitrales rendues à l'étranger et en France en matière d'arbitrage international, cinq conditions : « l'appel de la décision qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants :

- 1° Si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée ;
- 2° Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ;
- 3° Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ;
- 4° Lorsque le principe de la contradiction n'a pas été respecté ;
- 5° Si la reconnaissance ou l'exécution ne sont pas contraires à l'ordre public international ».

Il apparaît clairement que le droit français permet un contrôle juridictionnel étatique sur les sentences arbitrales internationales rendues sur son territoire ou sur un autre territoire. Il en est de même dans beaucoup de pays puisque les dispositions du droit français reprennent, en les adaptant des dispositions de la Convention de New York du 10 juin 1958 sur l'exécution et la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères qui a été ratifiée par plus de quatre-vingt-dix Etats dont la France.

2) Une autonomie de l'arbitrage international remise en cause par sa confrontation avec les ordres juridiques nationaux

772. Par bien des aspects, la justice arbitrale paraît tributaire de la justice étatique, que ce soit pour parfaire la composition d'un tribunal, obtenir une mesure conservatoire, rendre exécutoire une sentence ou au contraire l'annuler. Comme le souligne Monsieur Oppetit, la justice arbitrale « semble frappée d'une irrésistible dérive vers la justice étatique, au point de donner naissance, dans certains types d'arbitrage, à une sorte de justice mixte, à double niveau, faite d'un va-et-vient continuuel entre les enceintes arbitrales et les palais de justice. Cette déviation, dont les plaideurs et leurs conseils sont d'ailleurs les premiers responsables,

pourrait, à terme, si elle n'était pas enrayée, compromettre, par les surcoûts, l'allongement des procédures et les complications inextricables qu'elle suscite, l'utilité et la vocation même de l'arbitrage. »¹⁴⁵⁴. Il est clair que la procédure arbitrale est dénaturée et perd l'essentiel de son intérêt si les parties ont systématiquement recours à une procédure ultérieure devant les tribunaux étatiques.

773. Le principe reste tout de même que l'arbitrage international jouit d'une parfaite autonomie dans le cadre des règles contractuelles, statutaires ou légales qui le gouvernent. Seule la contrainte relève d'un monopole étatique territorial. Or, « de toute façon la sentence, une fois rendue, échappe au pouvoir exclusif de l'Etat local pour tomber sous celui des divers pays dans lesquels son exécution ou sa reconnaissance sont réclamées »¹⁴⁵⁵.

De façon synthétique, il est possible d'observer que l'arbitrage international ne peut se développer hors du droit étatique que tant qu'il n'a pas besoin de celui-ci pour assurer l'exécution des sentences. C'est pourquoi il faut rejeter l'idée d'un arbitrage « a-national », qui ne serait régi par aucun droit national¹⁴⁵⁶. En dépit du manque d'autonomie de l'arbitrage international par rapport à la justice étatique et des difficultés qui peuvent en résulter, force est de constater son essor contemporain. Le développement des centres d'arbitrage commercial est tel que l'arbitrage international est considéré comme étant le mode spécifique de règlement des litiges en matière de commerce international¹⁴⁵⁷.

Il faut à présent examiner l'apport de cette justice privée à une éventuelle uniformisation du droit.

B - Le rôle de l'arbitrage en matière d'uniformisation du droit

774. L'arbitrage international peut-il permettre aux parties d'assurer une prévisibilité du droit applicable à leur litige et de ce fait jouer un rôle d'uniformisation du droit ? C'est ce qu'il faudra vérifier (1) avant de s'interroger plus spécifiquement sur son rôle en matière de droit du transport international de marchandises par mer (2).

¹⁴⁵⁴ Bruno Oppetit, *Théorie de l'arbitrage*, op. cit. p. 32.

¹⁴⁵⁵ Pierre Mayer, *L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence*, op. cit. , n° 78, p. 402.

¹⁴⁵⁶ Gabrielle Kaufmann-Kohler, *Mondialisation de la procédure arbitrale*, in Charles-Albert Morand (sous la direction de), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant Bruxelles, 2001, p. 269.

¹⁴⁵⁷ Jean-Michel Jacquet et Philippe Delebecque, *Droit du commerce international*, op. cit. , n° 7, p. 5.

1) L'apport de l'arbitrage international à l'uniformisation du droit

775. Le succès du recours à l'arbitrage en matière de commerce international semble démontrer l'efficacité de ce mode de règlement des litiges et prouver que les parties arrivent par ce moyen à assurer une prévisibilité du droit applicable (a). Pourtant, le manque de cohérence des sentences arbitrales semble aller à l'encontre d'un rôle d'uniformisation du droit assuré par l'arbitrage (b).

a) L'efficacité de ce mode de règlement des litiges

776. L'uniformité du droit du commerce international a surtout été considérée au travers du prisme étatique. Pourtant, il est possible de constater au plan international la bienveillance des Etats à l'égard de l'arbitrage international. Deux arguments peuvent intervenir au soutien de cette assertion. Il y a d'abord le succès des conventions « interétatiques » sur l'arbitrage. Ensuite, force est de reconnaître le bon fonctionnement du processus d'exequatur des sentences arbitrales internationales qui semble révélateur d'une volonté commune des Etats de reconnaître une institution.

777. Il a pourtant été vu que la reconnaissance d'un éventuel rôle de l'arbitrage international en matière de création d'un système juridique non-étatique se heurte à son manque d'autonomie par rapport à la justice étatique. Il est possible d'objecter à cela que ce n'est pas au stade d'exécution de la sentence arbitrale que réside l'essence de l'arbitrage. En effet, le fonctionnement normal de l'arbitrage est que les sentences soient exécutées sans qu'il soit besoin de faire appel à la force d'un Etat. Le Professeur Lalive souligne à ce sujet que « la très grande majorité des sentences sont reconnues et exécutées « spontanément » »¹⁴⁵⁸ ; alors que Monsieur Kassis¹⁴⁵⁹ considère que la force coercitive des normes de la Lex Mercatoria ne peut provenir que de l'intervention publique de l'Etat pour l'obtention de l'exequatur.

778. Le Professeur Strenger vient contredire avec force cette thèse en soulignant que « la sanction n'est pas seulement celle qui s'exprime dans l'exécution forcée, mais aussi comme

¹⁴⁵⁸ Pierre Lalive, *Assurer l'exécution des sentences arbitrales*, in *arbitrage international, 60 ans après regard sur l'avenir*, 60ème anniversaire de la Cour d'arbitrage de la CCI, CCI 1983, p. 333.

¹⁴⁵⁹ Pour un développement de cette thèse : Antoine Kassis, *Théorie générale des usages du commerce : droit comparé, contrats et arbitrages internationaux*, Lex mercatoria, LGDJ Paris, 1984, p. 282-286.

une conséquence punitive pour ceux qui n'obéissent pas aux commandements établis par le commerce international, ou qui n'accomplissent pas les décisions arbitrales »¹⁴⁶⁰.

En effet, les arbitres disposent de moyens propres pour faire exécuter leurs sentences que ce soit la menace d'une publicité d'une éventuelle non-application de la sentence, l'interdiction d'utiliser dans le futur les facilités arbitrales du groupe ou le bannissement des bourses ou marchés gérés ou contrôlés par l'institution arbitrale¹⁴⁶¹. Il y a bien entendu la crainte pour celui qui n'exécute pas, que ce refus de respecter une sentence arbitrale, entache sa réputation. On trouve aussi bien souvent, dans les clauses d'arbitrage, que la sentence sera « définitive et sans appel », en précisant que les parties s'engagent à l'exécuter de bonne foi et sans délai et qu'elles renoncent à toutes les voies de recours auxquelles il leur est permis de renoncer¹⁴⁶².

De plus, l'argument du manque d'autonomie de la justice arbitrale face à la justice étatique n'est pas déterminant pour montrer que le choix par les parties d'un règlement privé de leur litige ne permet pas de parer à l'incertitude du droit applicable à leur transport international de marchandises par mer. En effet, cet argument peut tout au plus signifier que ces règles juridiques dégagées par la justice arbitrale ont besoin de l'aval des juridictions étatiques.

b) Le manque de cohérence des sentences arbitrales

779. D'autres arguments plaident en défaveur d'un éventuel rôle « uniformisateur » de l'arbitrage international. Il s'agit du manque d'organisation de l'arbitrage international et du manque de cohérence des sentences arbitrales qui semblent aller à l'encontre de l'existence d'une jurisprudence arbitrale.

780. Le premier argument qui s'oppose à une participation de l'arbitrage à l'uniformisation du droit est que les conditions dans lesquelles l'arbitrage international est organisé ne semblent pas assurer un degré suffisant de prévisibilité et de cohésion. Cette exigence de prévisibilité et de cohérence est nécessaire pour que l'arbitrage joue un rôle d'uniformisation du droit, ou en tout cas permette d'assurer la prévisibilité du droit applicable aux litiges. Il faut effectivement constater l'éparpillement et la multiplicité des juridictions arbitrales.

¹⁴⁶⁰ Irineu Strenger, *La notion de Lex Mercatoria en droit du commerce international*, RCADI 1991 II, T 227, p. 319.

¹⁴⁶¹ Philippe Fouchard, *Les usages, l'arbitre et le juge*, op. cit. , p. 56.

¹⁴⁶² En droit français, en matière d'arbitrage, les parties peuvent renoncer à l'appel dans la convention d'arbitrage (la voie d'appel est même fermée de plein droit lorsque l'arbitre a reçu mission de statuer en amiable compositeur, à moins toutefois que les parties n'aient indiqué expressément que l'appel restera possible). Cependant même dans les cas où la voie d'appel est fermée, demeure ouvert « un recours en annulation de l'acte qualifié sentence arbitrale » pour six cas précis, et ce nonobstant toute stipulation contractuelle (article 1484 du NCPC).

D'après Monsieur David, « les organismes permanents d'arbitrage sont nombreux, mal coordonnés entre eux, mal répartis du point de vue géographique, exagérément soumis à la tutelle étatique »¹⁴⁶³. Le Professeur Audit, parlant de l'arbitrage en matière commerciale, estime que « celui-ci est confidentiel et non centralisé, ce qui s'oppose à la formation et à la diffusion d'une véritable jurisprudence »¹⁴⁶⁴.

Il faut préciser que cette critique concerne l'arbitrage institutionnel mais que l'arbitrage ad hoc semble encore moins pouvoir permettre une prévisibilité ou une cohésion des sentences. Il existe un autre obstacle à la cohérence des sentences arbitrales. Il s'agit du côté secret du règlement des litiges. Cet aspect ne favorise pas le développement d'une harmonisation des décisions des arbitres mais il constitue une des raisons majeures du recours à l'arbitrage. En outre, les organismes arbitraux ne publient pas tous les sentences. Enfin, les sentences arbitrales étant rarement motivées, il paraît dès lors difficile de les étendre à d'autres espèces. Ces arguments n'apparaissent pas totalement fondés, car il faut constater le développement d'un corps de règles consolidé grâce notamment à la publication permanente des décisions de la CCI et d'autres chambres arbitrales qui deviennent d'« authentiques recueils jurisprudentiels »¹⁴⁶⁵. En matière maritime, les sentences de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris, ou tout du moins leurs résumés, sont publiées dans la presse maritime française comme le *Droit Maritime Français* mais aussi dans la presse maritime étrangère ; elles sont aussi diffusées sur Internet et peuvent être consultées sur place au secrétariat.

Il faut cependant émettre une réserve sur cet apport de la publication des sentences arbitrales. Même lorsque la sentence aura été publiée, en totalité ou bien souvent en partie, il est difficile de se faire un avis complet sur l'affaire car on ne dispose pas en général de l'intégralité des faits ni des mémoires des parties. Il est dès lors fréquent que ces sentences donnent lieu à des erreurs d'interprétation ou à des malentendus¹⁴⁶⁶.

Ceux qui s'opposent à ce que l'arbitrage international ait vocation à créer des règles juridiques invoquent ensuite l'impossibilité de laisser au marché le soin de pourvoir à l'élaboration de règles juridiques, et ce notamment dans des domaines où chaque Etat a des conceptions différentes des intérêts à protéger. C'est notamment vrai en matière de transport maritime de marchandises, domaine particulièrement sensible, dans lequel la modification d'une règle juridique peut entraîner des conséquences énormes sur l'économie d'un pays,

¹⁴⁶³ René David, *Le droit du commerce international : une nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou une nouvelle « Lex Mercatoria » ?*, op. cit., p. 16.

¹⁴⁶⁴ Bernard Audit, *Le droit international privé en quête d'universalité*, RCADI 2003, T. 305, p. 26.

¹⁴⁶⁵ Irineu Strenger, *La notion de Lex Mercatoria en droit du commerce international*, op. cit., p. 323.

¹⁴⁶⁶ Pierre Lalive, *Assurer l'exécution des sentences arbitrales*, op. cit., p. 339.

voire d'un continent. Pourtant, comme le souligne le Professeur Muir Watt, « l'une des conséquences épistémologiques les plus importantes de la globalisation est précisément de secouer les catégories fondatrices des droits nationaux pour en redessiner les contours »¹⁴⁶⁷. Le commerce international ayant besoin pour son développement de règles juridiques internationales permettant une sécurité juridique, si les Etats se révèlent incapables de les lui fournir, il semble que les arbitres internationaux ont alors un rôle à jouer.

781. Il existe encore un autre argument à l'encontre d'un éventuel rôle « uniformisateur » des sentences arbitrales, lequel rôle est lui-même perçu de façon claire par les arbitres internationaux¹⁴⁶⁸. C'est le fait que la somme des sentences arbitrales ne semble pas constituer une jurisprudence. La jurisprudence est dans un sens moderne « la solution suggérée par un ensemble de décisions suffisamment concordantes rendues par les juridictions sur une question de droit »¹⁴⁶⁹. Cette notion de concordance renvoie à une certaine homogénéité ou en tout cas une certaine harmonie entre les sentences arbitrales. Cette harmonie ne semble possible que si les arbitres tiennent compte, pour le rendu de leurs sentences, des sentences rendues par les autres arbitres, et ce qu'ils soient des arbitres ad hoc ou institutionnel faisant ou non partie du même centre d'arbitrage.

Il semble sur ce point, à propos de l'arbitrage international, qu'il soit impropre de parler de jurisprudence. En effet, les arbitres ne statuant pas au nom d'un ordre juridique unique, on voit mal dès lors comment leurs décisions pourraient constituer une source du droit¹⁴⁷⁰. L'uniformisation du droit par la méthode privée présente une autre lacune. Il n'est possible par ce moyen de créer ou de faire entrer en application que des règles dispositives¹⁴⁷¹ et non d'édicter des règles d'ordre public¹⁴⁷². Effectivement, les arbitres sont nommés par les parties et n'ont de devoir qu'envers elles, la tâche des arbitres étant de résoudre au mieux le conflit que les parties leur ont demandé de régler.

¹⁴⁶⁷ Horatia Muir Watt, *Globalisation des marchés et économie politique du droit international privé, la mondialisation entre illusion et utopie*, Archives de philosophie du droit, T. 47, Dalloz 2003, p. 260.

¹⁴⁶⁸ La sentence Dow Chemical énonce que « les décisions des tribunaux (arbitraux) forment progressivement une jurisprudence dont il convient de tenir compte, car elle déduit les conséquences de la réalité économique et est conforme aux besoins du commerce international, auxquels doivent répondre les règles spécifiques, elles-mêmes progressivement élaborées, de l'arbitrage international ». Sentence citée par Eric Loquin, *L'application de règles nationales dans l'arbitrage commercial international, l'apport de la jurisprudence arbitrale*, publication CCI n° 440/1, 1986, p. 67 et s.

¹⁴⁶⁹ Définition du *Lexique des termes juridiques*, op. cit.

¹⁴⁷⁰ Pierre Mayer, *L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence*, op. cit. , n° 104 et 105, p. 426 et 427.

¹⁴⁷¹ Le terme « dispositive » signifie qui ne présente pas un caractère obligatoire, règles supplétives. Il semble que ce terme soit originaire de la procédure civile. Dans cette matière un principe dispositif signifie que les parties délimitent souverainement la sphère litigieuse ou de façon générale que l'instance est à la disposition des plaideurs.

¹⁴⁷² René Demogue, *L'unification internationale du droit privé*, op. cit. , p. 146.

Cette critique ne semble pas totalement justifiée. En effet, il en est de même en droit interne où s'applique, en matière de droit privé, le principe ancien de prohibition des arrêts de règlement. Ce principe résulte de l'article 5 du Code civil qui prévoit qu'« il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises »¹⁴⁷³. De façon générale, la Constitution et le principe de séparation des pouvoirs écartent « l'autorité judiciaire » de la compétence pour édicter des règles générales¹⁴⁷⁴. Comme le précise le Professeur Malaurie, « d'une part, le juge résout un litige (et) c'est à cette situation concrète que répond l'autorité de la chose jugée. D'autre part, à cette occasion, il précise la règle légale en disant le droit (jurisdictio) ; c'est seulement en ce sens qu'une décision peut faire jurisprudence et devenir source du droit »¹⁴⁷⁵. C'est pour cette dernière raison que la jurisprudence des tribunaux nationaux doit être considérée comme ayant une valeur normative. En effet, le juge, en particulier la Cour de cassation, rend des arrêts de principe, dont l'objectif est de poser une solution d'ordre général. Cette solution ne s'impose pas aux autres juridictions¹⁴⁷⁶. Pourtant, dans les faits, elle est suivie parce qu'elle émane de la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire et qu'elle se fonde sur une argumentation construite et argumentée. En ce sens, Kelsen souligne que « si la doctrine traditionnelle n'a pas su apercevoir que la décision juridictionnelle n'est que la continuation du processus de création du droit, si elle est tombée dans l'erreur de lui attribuer le caractère de fonction simplement déclarative, c'est parce qu'elle n'a pas pris conscience de la fonction normative des décisions juridictionnelles, parce qu'elle en est restée au préjugé que le droit se compose uniquement de normes générales, et qu'elle a ignoré l'idée de norme juridique individuelle »¹⁴⁷⁷.

Il en est de même en matière d'arbitrage international. Comme l'indique le Professeur Mayer, les sentences déjà rendues dans des affaires analogues peuvent inspirer l'arbitre *auctoritate rationalis*, sinon *ratione auctoritatis*¹⁴⁷⁸, ce qui signifie que celui-ci va se laisser influencer par les arguments utilisés par des arbitres ayant déjà rendu une sentence sur des faits similaires.

¹⁴⁷³ L'article 4 du Code civil, lui, ne permet au juge d'édicter des règles que pour les besoins de la cause débattue devant lui.

¹⁴⁷⁴ Article 34 et 37 de la Constitution française.

¹⁴⁷⁵ Philippe Malaurie et Patrick Morvan, *Droit civil, introduction générale*, Defrénois 2003.

¹⁴⁷⁶ C'est le principe de l'autorité relative des choses jugées, il résulte de l'article 1351 du Code civil qu'une décision judiciaire ne s'impose qu'entre les parties ayant pris part au procès, pour l'objet et la cause particulier de celui-ci.

¹⁴⁷⁷ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 320.

¹⁴⁷⁸ On peut reprendre la distinction faite par Alvaro d'Ors entre la potestas qui contraint et l'auctoritas qui convainc, le législateur exerce un pouvoir et le juge une autorité. Le législateur donne une directive. Le juge, à défaut de directives données par le législateur, cherche le juste et tente de convaincre les plaideurs de ce que la solution qu'il retient est la meilleure. Alvaro d'Ors, *Une introduction à l'étude du droit*, préface Alain Sériaux, PUAM, 1991, n° 25.

De plus, comme il l'a déjà été indiqué, l'arbitre va essayer de justifier sa solution, d'éliminer toute suspicion d'arbitraire. Or, « l'existence d'un courant jurisprudentiel antérieur constitue un phénomène objectif dont l'invocation est de nature à réduire les critiques des parties prêtes à dénoncer l'arbitraire des décisions qui leur sont défavorables »¹⁴⁷⁹. Il est évident qu'une sentence rendue par des arbitres prestigieux dans le cadre d'une institution arbitrale vénérable, ou une référence à des conclusions d'un colloque international de praticiens de l'arbitrage permettra à un arbitre de parer sa décision d'une autorité morale.

782. Il est ainsi possible de déduire de ces constatations que la jurisprudence arbitrale même si elle est dépourvue de caractère général et de force obligatoire semble bien être une source du droit international. Elle permet ainsi aux commerçants qui y recourent de bénéficier d'une prévisibilité du droit applicable à leur litige.

La question de savoir si les sentences arbitrales internationales peuvent réaliser une uniformisation spéciale du droit du transport international de marchandises par mer, en faisant bénéficier les utilisateurs de ce mode de règlement des litiges d'une prévisibilité du droit applicable, n'a toujours pas été résolue.

2) Le rôle de l'arbitrage international en matière de transport maritime de marchandises

783. En matière maritime, les parties ont surtout recours à l'arbitrage en matière d'affrètement. Ce recours bénéficie cependant d'une faveur croissante en matière de transport international de marchandises par mer¹⁴⁸⁰. A ce sujet, le Professeur Vialard indique qu'il faudra prendre « garde à l'existence très fréquente dans le connaissance soit de clauses d'attribution de compétence, soit de clauses compromissoires¹⁴⁸¹ ». L'arbitrage international semble ainsi avoir un rôle important en matière de transport maritime (a). Il faudra pourtant nuancer cette opinion (b).

a) Une utilisation fréquente de l'arbitrage en matière de transport maritime de marchandises

784. Les parties recourent ainsi largement à l'arbitrage en matière maritime, ce qui est dû à la bonne réputation de l'arbitrage dans les milieux commerciaux maritimes. Pour le

¹⁴⁷⁹ Pierre Mayer, op. cit. , n° 105, p. 427.

¹⁴⁸⁰ Nathalie Soisson, *La liberté contractuelle dans les clauses du connaissance*, thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon-Assas Paris II, 1992, p. 566.

¹⁴⁸¹ Antoine Vialard, *Droit maritime*, op. cit. , n°499, p. 426.

Professeur Rémond-Gouilloud¹⁴⁸², plusieurs aspects de l'arbitrage international conviennent aux opérateurs du transport maritime. Il y a d'abord le fait que les cocontractants sont en principe des commerçants, présumés sinon en situation d'égalité, du moins « capables de défendre leurs intérêts sans devoir s'abriter sous la protection du système judiciaire étatique ». Ensuite, et on retrouve les arguments généraux en faveur de l'arbitrage, ce mode de règlement des litiges paraît convenir à des conflits qui en ce domaine sont internationaux (il n'y a pas de risque de partialité d'un juge national et les juges ont en principe connaissance des usages internationaux) et adapté à la vie des affaires (caractère confidentiel, rapidité...). Rodière explique aussi que les parties sont sensibles à la connaissance par l'arbitre du droit du commerce international et de la pratique maritime. Il souligne corrélativement le souhait des parties d'éviter « l'incompétence relative des juges » en cette matière¹⁴⁸³.

785. Les pays traditionnellement maritimes disposent tous d'organismes arbitraux spécialisés en la matière. C'est d'ailleurs un des problèmes de l'organisation de l'arbitrage maritime. Si l'arbitrage ad hoc est en principe réalisable dans tous les Etats, celui institutionnel est limité aux pays situés en Europe, en Amérique du Nord et en Extrême-Orient. Il en résulte qu'un transporteur ou un chargeur domicilié dans un pays en développement sera réticent à engager des procédures dans des lieux éloignés de sa résidence, voire du lieu de conclusion du contrat, de celui du chargement ou du déchargement. Ces lieux traditionnels de l'arbitrage maritime sont, entre autres, pour l'Angleterre la London Maritime Arbitrators, pour les Etats-Unis la Society of Maritime Arbitrators¹⁴⁸⁴ de New York et pour la France la Chambre Arbitrale Maritime de Paris (créée en 1966 et localisée à Paris). Cette dernière connaît de très nombreux litiges internationaux, même entre entreprises étrangères¹⁴⁸⁵. Ses fondateurs, armateurs et affréteurs, avaient pour but de faire régler par des praticiens les possibles litiges nés lors de l'exécution de chartes-parties¹⁴⁸⁶.

D'autres arguments militent contre un éventuel apport « uniformisateur » de l'arbitrage sur la législation applicable aux transports internationaux de marchandises par mer.

¹⁴⁸² Martine Rémond-Gouilloud, *Droit maritime*, op. cit. , n°32 et 33, p. 38 et 39.

¹⁴⁸³ René Rodière, *Traité général de droit maritime*, introduction, op. cit. , n° 98 bis, p. 158.

¹⁴⁸⁴ Cette société se présente comme une promotrice de l'uniformisation. L'une de ses préoccupations serait d'assurer l'unité d'interprétation des arrêts rendus. Massimiliano Rimaboschi, op. cit. , p. 236. Cette association possède ses propres règles d'arbitrage qui prévoient que sauf disposition contraire expresse les parties soumettant leur litige à ces règles sont censées avoir donné leur consentement à la publication de leur sentence arbitrale. Grâce à cette disposition de l'article 1 section I, la Society of Maritime Arbitrators publie une centaine de sentences par an, ainsi qu'une revue *The arbitrator* promouvant l'interprétation uniforme.

¹⁴⁸⁵ René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, Précis Dalloz Paris, 12ème éd. , 1997, p. 18.

¹⁴⁸⁶ François Arradon, *Arbitrage international à Paris et arbitrage à Paris selon la loi française*, DMF 2004, p. 231.

b) Un apport limité de l'arbitrage au droit du transport maritime de marchandises

786. Dans ce domaine, la présence d'un corpus de règles matérielles internationales rend difficile un rôle actif de l'arbitre. Comme l'estime Madame Odier¹⁴⁸⁷, le système des Conventions fonctionne et, dans les cas où les parties ont recours à l'arbitrage : soit elles désignent directement la Convention de Bruxelles ; soit celle-ci est choisie directement par l'arbitre ou se trouve incorporée dans le droit de l'Etat qu'il estime avoir le lien le plus étroit avec le contrat de transport, soit encore celle-ci peut se trouver incorporée dans le droit de l'Etat du for ou de l'Etat de l'exécution, le juge national pourra dès lors privilégier certaines dispositions de la Convention internationale par le biais de son ordre public.

Ainsi Monsieur Arradon, président de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris, précise que « la seconde grande catégorie de documents soumis à l'arbitrage à Paris concerne des transports sous connaissements pour lesquels il existe des Conventions internationales à caractère obligatoire comme la Convention de Bruxelles de 1924 ou les Règles de Hambourg, pour ne citer que les plus connues. Ici encore, la loi française ne s'appliquera qu'en l'absence d'application des Conventions internationales. Mais lorsque ces Conventions reçoivent application, elles devront être interprétées en tant que telles »¹⁴⁸⁸.

787. Il semble que le recours à l'arbitrage, en matière de transport maritime, soit surtout prévu en matière de litiges susceptibles de naître à la suite d'un transport de marchandises effectué sous l'empire d'un connaissement émis en vertu d'une charte-partie (c'est dans cette charte-partie que figure la clause d'arbitrage)¹⁴⁸⁹. Il apparaît, en effet, que la pratique de l'arbitrage maritime est très développée en matière d'affrètement puisque les chartes-parties contiennent, pour la plupart, des clauses d'arbitrage¹⁴⁹⁰. Cette différence de rôle joué par l'arbitrage en matière de transport de marchandises par mer ou d'affrètement de navire peut se justifier par la présence de Conventions internationales impérativement applicables en matière

¹⁴⁸⁷ Intervention de Madame Odier (Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, Présidente honoraire de l'Association française de droit maritime, membre du Comité central des armateurs de France) lors du séminaire recherche sur « *la responsabilité du transporteur maritime : 40 ans d'application des cas exceptés de responsabilité des règles de la Haye-Visby* » du 9 à 10 mars 2005 à l'U.B.O. Brest.

¹⁴⁸⁸ François Arradon, op. cit. , p. 237.

¹⁴⁸⁹ Gérard Auchter, La Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer de 1978, op. cit. , n° 527.

¹⁴⁹⁰ Ainsi, parmi d'autres chartes-parties, la charte GENORECON (1962) prévoit en son article 38 que tout litige naissant à l'occasion du contrat est réglé par voie d'arbitrage. Dans la charte-partie à temps BALTIME (1939) figure une clause d'arbitrage (clause 23). La charte-partie française LUTETIA (1929) prévoit elle dans sa clause 18 que « toute contestation relative à l'interprétation ou à l'exécution du présent contrat sera soumise à l'arbitrage de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris, qui la résoudra en dernier ressort et conformément à son règlement que les parties déclarent connaître ».

de transport sous connaissance, mais aussi, par le traditionnel équilibre entre les parties qui existerait en matière d'affrètement et rendrait plus aisé un recours à l'arbitrage.

788. Ainsi le rôle de l'arbitre international en matière de droit du transport international de marchandises paraît assez modeste puisque l'arbitre ne bénéficie pas d'une autonomie totale parce qu'il se trouve à la fois influencé par le droit étatique et obligé de recourir au juge étatique pour l'exécution forcée de la sentence.

L'arbitrage international peut pourtant permettre aux parties d'échapper à un éventuel conflit de lois ou conflit de Conventions. Les conventions d'arbitrage peuvent désigner le droit qui sera applicable à leur litige, et même si elles optent souvent pour le droit matériel international élaboré ou ratifié par les Etats, elles le font ici en dehors du cadre étatique.

Ce recours à l'arbitrage semble, par conséquent, simplement permettre aux parties d'assurer une prévisibilité suffisante du droit applicable à leur litige. C'est ce rôle qui vient d'être éprouvé. Cet instrument qui a été conçu comme juridictionnel possède une « juridiction limitée puisqu'il dépend étroitement d'une part de la volonté des parties, d'autre part de la réception qui en est faite en dehors de l'institution »¹⁴⁹¹.

¹⁴⁹¹ Philippe Kahn, *L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi*, in *L'hypothèse du non-droit*, colloque organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Faculté de droit, d'économie et des sciences sociales de l'université de Liège 1978, p. 248.

Conclusion du Titre I :

789. Afin de vérifier que les opérateurs du transport international de marchandises par mer peuvent, par le biais du contrat, pallier l'incertitude de la détermination du droit applicable à leur litige, les différents outils à leur portée pour désigner le droit applicable ont été examinés. Il en a d'abord été ainsi de la clause Paramount. Son efficacité en ce qui concerne la désignation du droit applicable en matière de transport international de marchandises par mer semble assez faible car celle-ci s'efface devant une Convention internationale qui réclame son application.

790. Il a ensuite été étudié une autre forme possible d'uniformisation du droit par l'utilisation du contrat : les contrats-types. Il a fallu conclure sur leur faible rôle « uniformisateur » du droit en matière de transport maritime. En effet, les connaissances-types renvoient généralement aux Conventions internationales.

791. Les parties ont aussi la possibilité de soustraire leur litige à l'intervention des juridictions nationales en stipulant le recours à l'arbitrage. Dans une certaine mesure, ce recours leur permet également de s'évader de l'ordre juridique national ou international. Il a cependant fallu relativiser ce rôle de l'arbitrage car bien souvent les arbitres appliquent les Conventions internationales. En outre l'arbitrage n'est pas autonome de la justice étatique.

Pourtant, pour des auteurs tels que le Professeur Fouchard, les arbitres n'auraient pas seulement un rôle de règlement des litiges particuliers, « les arbitres du commerce international ont une mission plus vaste : régler les litiges en fonction, non pas de telle ou telle loi étatique, généralement inadaptée aux besoins du commerce, mais de normes qui sont propres à ce dernier, qui se forment d'une manière coutumière au sein d'une communauté internationale d'hommes d'affaires, d'une société internationale de commerçants, et qui constituent une sorte de droit commercial véritablement international, ou de droit « a-national » »¹⁴⁹².

C'est une thèse ambitieuse selon laquelle l'arbitrage international participe à la création d'un droit matériel spécifique à cette matière, droit qui serait composé entre autres éléments des usages et de la pratique.

Ainsi, de façon générale, il ne faudrait pas considérer le contrat international comme un simple « microcosme de normes » ou du micro-droit à leur propre usage, car comme le souligne le Professeur Jacquet : « il s'insère parfois dans un milieu international suffisamment

¹⁴⁹² Philippe Fouchard, *Les usages, l'arbitre et le juge, le droit des relations économiques*, études offertes à Berthold Goldman, Litec Paris, 1987, p. 56.

homogène et structuré pour que les pratiques de ce milieu ou les institutions qui y développent leur activité, soient productrices de modèles, d'usages ou de normes aptes à s'interposer, à certaines conditions, entre le droit étatique et le contrat »¹⁴⁹³. Il se peut alors que ce micro-droit qui part de la base, des actes juridiques des opérateurs, se hisse plus haut (que leur pratique se cristallise¹⁴⁹⁴) et devienne du macro-droit pour tous. Ces « modèles » « usages » ou « normes » existent-ils en matière de transport international de marchandises par mer et peuvent-ils être à l'origine d'une uniformisation générale du droit ?

¹⁴⁹³ Jean-Michel Jacquet, *Le contrat international*, DallozParis, 2^{ème} édition 1999, p. 3.

¹⁴⁹⁴ Philippe Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz paris, 2005, p. 37. Il exprime très bien cette idée dans un autre article « En émettant un acte juridique, les agents économiques ont obtenu le résultat normal qu'ils souhaitaient : du micro-droit sur mesure, à l'ombre tutélaire du macro-droit. Mais parfois, de façon à vrai dire exceptionnelle, ils obtiennent bien davantage, car sans l'avoir cherché et sans même en avoir vraiment conscience, ils s'agrègent à la pratique répandue qui va créer du macro-droit, en l'occurrence une règle coutumière, que les opérateurs ont en quelque sorte plébiscitée par leur participation concordante à sa genèse. », *Les rapports privés, source de droit privé* publié in *Autour du droit civil, écrits dispersés pensées convergentes*, Dalloz Paris, 2005, p. 198.

Titre II – La tentative de construction d'un droit par la cristallisation des pratiques contractuelles

792. L'arbitrage international joue un rôle primordial en matière de résolution des conflits du commerce international. Pourtant, il ne faudrait pas négliger d'autres voies qui sont actuellement utilisées ou explorées et qui sont moins juridictionnelles que le recours à l'arbitrage même si souvent elles conduisent à lui quand elles n'aboutissent pas.

D'après le Professeur Rigaux, « qu'on le veuille ou non, les pouvoirs économiques privés se sont aménagés un espace propre. Ils font des contrats, prennent des engagements, se partagent des marchés ou des approvisionnements en matières premières, dictent même des comportements aux Etats, sans qu'aucun droit posé par ceux-ci ne procure aux agents privés un encadrement juridique qu'ils ont eux-mêmes construit à partir du pouvoir qu'ils assument aujourd'hui. »¹⁴⁹⁵. C'est aussi ce que souligne Monsieur Quéneudec pour qui « l'Etat souverain constate parfois que sa vieille boussole volontariste s'affole. Sa volonté n'est plus la source unique de l'élaboration des normes de droit international. Lorsqu'il croit pouvoir se mettre à l'abri d'une règle dont il ne veut point en fermant la porte du traité, il a de plus en plus fréquemment la surprise de voir la règle réapparaître par la fenêtre de la coutume opposable « erga omnes »¹⁴⁹⁶.

793. Depuis la fin du Moyen-âge et la création à partir du dix-septième siècle des Etats centralisés, le droit a servi à stabiliser et renforcer l'unité des Etats, sa création était inspirée par des idées de rationalisation et par la conviction de l'universalisme des modèles construits en occident. L'Etat était alors le producteur de toute norme juridique, la coutume étant considérée comme un reliquat archaïque s'appliquant de façon résiduelle et supplétive.

En ce qui concerne le droit international privé, ce mouvement de rationalisation et d'universalisme fut plus tardif et se traduisit par l'élaboration ou l'adoption par les Etats de Conventions internationales contenant du droit substantiel. Il s'agissait d'un mouvement d'unification volontaire du droit.

794. Au-delà de l'incapacité de ces instruments à accomplir la tâche qui leur était impartie, (c'est en tout cas ce qui a été constaté en première partie à propos du droit du transport

¹⁴⁹⁵ François Rigaux, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Pédone Paris, 1977, p. 412, n°223.

¹⁴⁹⁶ Jean-Pierre Quéneudec, *Conclusion*, in *l'Etat souverain à l'aube du XXIème siècle*, Actes du colloque de Nancy de la S.F.D.I., Pédone Paris, 1994, p. 310.

international de marchandises par mer), il est possible de constater une crise du droit moderne.

Cette crise se manifeste par une prolifération des règles, une complexité et une diversification des mécanismes de production de droit. Comme l'analyse le Professeur Chevallier, « le droit post-moderne romprait ainsi avec la conception monolithique et pyramidale de l'ordre juridique qui est celle du droit moderne : les rapports entre les normes juridiques seraient désormais caractérisés, sinon par la « circularité » et la « récursivité » (N. Luhmann), au moins par des figures baroques, hiérarchies « discontinues » ou « enchevêtrées », « alternatives » ou « inversées », formant autant de « boucles étranges » (D. Hofstadter) »¹⁴⁹⁷.

795. On préfère ainsi, en droit international, la théorie de la pluralité des ordres juridiques développée par Monsieur Romano à la conception hiérarchique pyramidale kelsenienne de l'ordre juridique. Dans la théorie de la pluralité des ordres juridiques, Monsieur Romano fonde l'efficacité des normes sur le principe de compétence. Il en résulte une pluralité de sources, toutes sur le même niveau, dont l'application au cas concret est donnée par l'appartenance de la question de droit concernée à l'ordre juridique compétent.

Cette théorie semble conforme à la nature du droit du transport international de marchandises par mer. Celui-ci concerne des rapports qui ne se rattachent pas à la compétence exclusive des ordres juridiques nationaux.

796. Ce phénomène n'est pas cantonné au domaine maritime. En matière de droit du commerce international, cette tendance tient aux nécessités inhérentes à la matière. Le commerce est gêné par la diversité des lois. Il tend donc à la surmonter comme il tend à réduire les frontières entre Etats. Comme l'affirment Messieurs Loussouarn et Bredin, « la méfiance à l'égard des juges nationaux conduit naturellement à l'arbitrage, la méfiance à l'égard des droits nationaux à l'élaboration d'un droit spécifique du commerce international »¹⁴⁹⁸.

Une prise en compte des aspirations des opérateurs privés du commerce international à l'autonomie tendrait à la déclaration de l'inadéquation des règles d'origine étatique ou pluri-étatique pour régir leurs rapports. Pour eux, seul un droit issu de la pratique, un droit élaboré par les « corporations »¹⁴⁹⁹ ou un droit qui s'inspirerait des pratiques contractuelles pourrait offrir un environnement favorable au développement du commerce international.

¹⁴⁹⁷ Jacques Chevallier, *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, Revue de Droit Public 1998, p. 674.

¹⁴⁹⁸ Yvon Loussouarn et Jean-Denis Bredin, *Droit du commerce international*, Sirey Paris, 1969, p. 10.

¹⁴⁹⁹ Ce terme désigne les institutions privées regroupant les membres d'une même profession.

On a pu constater dans les développements précédents l'existence de pratiques contractuelles en matière de droit du transport international de marchandises par mer. N'y aurait-il pas un passage de la pratique au droit¹⁵⁰⁰ ? Dans ce cas, le phénomène décrit précédemment ne concernerait plus seulement les rapports entre deux cocontractants (recours à l'arbitrage, clause Paramount) mais « il se peut que leur pratique se cristallise en coutume et devienne du macro-droit pour tous »¹⁵⁰¹. La cristallisation amène une idée de lente transformation permettant une fixation du droit ainsi construit.

797. Ainsi, confronté à la désunification du droit applicable aux transports internationaux de marchandises par mer, les règles de droit nées directement du comportement des opérateurs pour répondre à leurs besoins, en l'absence de toute volonté normative, ne sont-elles pas devenues par un processus extérieur à leurs auteurs¹⁵⁰² (répétition dans le temps et dans l'espace), des règles de droit abstraites et générales applicables à tous (chapitre I) ?

En cas d'inexistence d'un tel droit, il est nécessaire pour trouver des solutions au problème de la désuniformité de la législation de revenir à l'unification réalisée par les Etats, mais en recherchant le niveau pertinent d'unification, au travers de l'étude d'autres voies qui peuvent être envisagées telles que l'unification plus restreinte matériellement ou plus réduite géographiquement (chapitre II).

¹⁵⁰⁰ Expressions empruntées à Pascale Deumier, *Le droit spontané*, Economica collect. Recherches juridiques, Paris 2002, n° 113 p. 103.

¹⁵⁰¹ Philippe Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz Paris, 2005, p. 37. L'expression macro-droit désigne, dans la présente étude, des règles juridiques ayant une vocation large ou qui sont largement appliquées.

¹⁵⁰² Pascale Deumier, op. cit. , n° 223, p. 204.

Chapitre I – D'une uniformisation générale des pratiques à la construction d'une règle de droit par les opérateurs

798. A partir de la constatation de l'incapacité des Etats à élaborer un corpus juridique adapté à la globalisation économique et au développement intense du commerce international, s'est forgée la théorie de l'autonomisation juridique du commerce international. L'observation du développement des pratiques contractuelles¹⁵⁰³ et de l'essor de l'arbitrage international¹⁵⁰⁴ ont permis de soulever l'hypothèse d'un « tiers-droit », qualifié de Lex Mercatoria et constitué des usages de la société internationale des marchands et appliqué par les institutions arbitrales. La Lex Mercatoria est elle-même la manifestation en droit international privé de l'existence d'un droit spontané. En effet, la Lex Mercatoria constituerait une source informelle du droit, née de comportements spontanés individuels qui, par une répétition caractérisée, deviendrait du droit spontané¹⁵⁰⁵. Le droit spontané n'est pas l'objet de ce travail. En revanche, il importe de voir en quoi des sources informelles du droit, venues de la pratique, peuvent uniformiser et rendre prévisible le droit applicable aux transports internationaux de marchandises par mer. C'est en cela que la Lex Mercatoria doit être étudiée. Cette uniformisation peut être qualifiée de générale car, il ne s'agit pas simplement de l'utilisation par des opérateurs de contrats-types ou du recours habituel de ces mêmes parties à l'arbitrage ou encore de références à un usage, mais d'une utilisation générale et répétée de ces outils conduisant à la création d'un droit a-étatique, la Lex Mercatoria régissant le commerce international. Dans le domaine des rapports contractuels dans lequel l'arbitrage international a une importance considérable, « l'équilibre des intérêts en cause est un élément essentiel, la fuite des ordres juridiques étatiques conduit, somme toute, à un espace normatif particulier où la recherche d'un résultat matériel équitable est toujours présente »¹⁵⁰⁶.

799. Il s'agit ici de vérifier que ces pratiques contractuelles « s'élèvent » par leur généralisation et abstraction et que, par le passage des ordres juridiques particuliers¹⁵⁰⁷ à l'ordre juridique général, elles deviennent des règles de droit positif.

Pour ce faire, il est au préalable nécessaire de vérifier que cette réglementation internationale créée par les opérateurs existe bien et qu'elle a vocation à s'étendre au transport international

¹⁵⁰³ Cf. supra n° 559 et s.

¹⁵⁰⁴ Cf. supra n° 710 et s.

¹⁵⁰⁵ Pascale Deumier, *Le droit spontané*, op. cit., p. 14.

¹⁵⁰⁶ Julio D. González Campos, op. cit., p. 144 et 145.

¹⁵⁰⁷ Expression de Madame Deumier in *Le droit spontané*, op. cit., n° 430, p. 441.

de marchandises par mer (section I). Il faudra ensuite, de façon plus modeste, se pencher sur une des composantes de la Lex Mercatoria que sont les usages, les identifier au sein de la matière étudiée et voir s'ils jouent un rôle en matière d'uniformisation du droit applicable (section II) ?

Section I – De l'édification d'une Lex Mercatoria

800. Le droit international privé est un ensemble inachevé, incomplet. Les conceptions doctrinales anciennes considéraient qu'il n'y avait pas un droit international mais autant de droits internationaux qu'il y avait d'Etats, le droit international n'étant de ce fait qu'une émanation du droit interne des Etats.

801. Sur le plan historique, le droit du commerce international se singularise du droit international privé par son mode de formation. Le particularisme de la matière, des échanges, des besoins conduit à un détachement du droit étatique. Les opérateurs du commerce international qui connaissent les mêmes difficultés, ont les mêmes besoins et font le même type d'opérations, furent à l'origine d'une production normative progressive. C'est ainsi qu'au Moyen-âge, dans l'Europe médiévale marquée par un système de pure territorialité¹⁵⁰⁸, les marchands, qui ne connaissaient pas de frontières, produisirent un corpus juridique. C'est à partir du douzième siècle que s'intensifient les échanges commerciaux favorisés par des grandes foires où se réunissent à dates fixes les commerçants des différentes régions. Afin de développer et d'organiser les relations commerciales, ces commerçants regroupés en corporations¹⁵⁰⁹ furent à l'origine de tribunaux de foires¹⁵¹⁰ chargés de trancher les consultations. Ces tribunaux utilisaient les usages ou les pratiques contractuelles en vigueur dans ces foires, formant ce que certains auteurs qualifieront de droit des foires : le jus nundinarum.

802. En matière maritime, il est possible d'observer un phénomène identique au Moyen-âge avec la formation d'un ensemble cohérent¹⁵¹¹ par la rédaction des usages suivis dans la navigation qu'on a nommé parfois Lex Maritima. Il ne s'agissait pas d'un ensemble complet de règles unifiant universellement le droit maritime mais d'un agrégat de coutumes et d'usages, recueillis dans des compilations. Ces compilations variaient d'une région à une autre, d'une communauté à une autre et même d'un port à un autre. Pourtant, il est possible d'en retirer des principes généraux du droit universellement reconnus : parmi ceux-ci la force obligatoire de l'engagement, l'obligation de soin due par le transporteur aux marchandises, l'obligation de bonne foi... L'expression Jus Mercatorum était utilisée au Moyen-âge pour

¹⁵⁰⁸ L'homme étant lié au sol, ses droits et obligations y étaient attachés, cf. Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, *Droit international privé*, op. cit., n° 84, p. 73.

¹⁵⁰⁹ Regroupement de membres d'une même profession édictant des règles et fixant les conditions d'accès à la profession.

¹⁵¹⁰ Ancêtres des tribunaux de commerce.

¹⁵¹¹ Le mot cohérent est important puisqu'il n'y avait pas un droit du transport maritime unifié mais plutôt un corpus d'usages consolidé et cohérent.

désigner la coutume des marchands européens, les Médicis à Florence, les Fugger à Augsbourg¹⁵¹²...

Par conséquent, c'est par une commune soumission à la même règle (les commerçants s'y soumettant volontairement car cette règle, créée par eux, leur est adaptée) que s'est créé un droit des marchands « jus mercatorum » qui présentait les particularités d'être un droit rapide, rigoureux, international¹⁵¹³ et surtout uniforme. Ce droit ancien fait contrepoids avec le droit international privé actuel usant avec rigueur les solutions des conflits de lois marquées par l'influence étatique.

803. Le droit international contemporain est affecté par l'avènement de règles matérielles. Il passe principalement par le biais conventionnel. « L'affermissement et le renouvellement des règles s'opère par le procédé des conventions multilatérales »¹⁵¹⁴. Même s'il est possible de constater un effort de codification, de rationalisation, ces conventions internationales restent des engagements internationaux propres à chaque Etat. L'autorité de ces instruments vient de l'ordre juridique national : en France, c'est l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui prévoit celle-ci.

De plus, les règles conventionnelles ne régissant pas tous les domaines du droit international, on aura besoin de les compléter en ayant recours au droit interne. Enfin, même dans les domaines où il existe des instruments conventionnels, leur superposition, chevauchement avec les législations nationales, manque d'interprétation uniforme, de caractère universel, difficulté d'adaptation aux évolutions... en font des instruments imparfaits. C'est aussi la constatation faite par Monsieur Dahan qui considère que « de nos jours, ce serait une erreur de croire que le véritable droit international a son siège dans les conventions internationales, fussent-elles signées et ratifiées, comme la Convention des Nations unies sur la vente, par un grand nombre d'Etats. Leur effectivité reste à démontrer, leur intégration dans la pratique suivie par les opérateurs du commerce international hypothétique »¹⁵¹⁵.

Comme le souligne Rodière, « on mesure la différence qui sépare un état de droit longuement secrété par la tradition et accepté par tous et un état de droit artificiellement voulu et imposé aux intéressés »¹⁵¹⁶.

¹⁵¹² Cf. supra n° 9 et s.

¹⁵¹³ International dans le sens où il ne connaissait pas de frontières. L'expression ne doit pourtant pas laisser croire à des relations économiques internationales qui n'existaient pas à cette époque, il s'agissait plutôt de « relations interseigneuriales » ou de « commerce à longue distance » : Jean Bart, *La Lex Mercatoria au Moyen âge : Mythe ou réalité ?* Op. Cit. , p. 21.

¹⁵¹⁴ Serge Sur, op. cit. , n° 12, p. 7.

¹⁵¹⁵ Maurice Dahan, *La pratique française du droit du commerce international*, éd. du Centre français du commerce externe 1992, n° 583, p. 237.

¹⁵¹⁶ René Rodière, *Traité général de droit maritime (introduction, l'armement)*, op. cit. , n° 14, spé. p. 22.

Dès lors, le droit international privé a besoin de ses bases classiques et archaïques. « La coutume conserve une force égale au traité, que ce soit comme mode de formation, que ce soit comme norme. Le droit international n'a pas connu de révolution constitutionnelle qui aurait bouleversé la structure de ses modes de formation. Il en résulte que la place de la coutume, même virtuelle, est maintenue. C'est ainsi que nombre de règles conventionnelles sont en quelque sorte doublées, ont en toile de fond, ou en ombre portée, une règle coutumière qui ne se confond pas avec elles mais demeure à l'arrière-plan »¹⁵¹⁷.

804. C'est en matière de droit du commerce international que s'est manifesté un mouvement spontané de substituer aux dispositions d'origine interne ou internationale matérielles ou conflictuelles des dispositions internationales par nature, un droit corporatif dénommé *Lex Mercatoria*. Cette *Lex Mercatoria* s'édifie-t-elle en matière de droit du transport international de marchandises par mer ?

Afin de le vérifier, la notion de *Lex Mercatoria*¹⁵¹⁸ doit être définie (paragraphe 1) avant d'examiner si celle-ci se manifeste en matière de droit du transport international de marchandises par mer (paragraphe 2).

Paragraphe 1 - La *Lex Mercatoria* : définition et contenu

805. Le concept de *Lex Mercatoria*, dont l'existence a donné lieu à une vive controverse doctrinale, a posé des problèmes autant en ce qui concerne sa définition (A) que son contenu (B).

A - La définition de la *Lex Mercatoria*

806. C'est à la suite de la seconde guerre mondiale et de la décolonisation que les échanges commerciaux internationaux ont crû tant en nombre qu'en valeur et que des institutions internationales compétentes en matière économique se sont multipliées¹⁵¹⁹. « Ces phénomènes nouveaux ont conduit le juriste à une nouvelle approche de la juridicité des relations économiques »¹⁵²⁰.

¹⁵¹⁷ Serge Sur, op. cit. n° 12, p. 7.

¹⁵¹⁸ Ces deux expressions seront utilisées indifféremment en ce qu'elles désignent un système juridique détaché des Etats et composé de règles d'origine professionnelle.

¹⁵¹⁹ Tanguy Vandenput, *La Lex Mercatoria*, in séminaire de droit des transports : *les ventes internationales et les transports, les nouveaux incoterms*, sous la direction de Jacques Putzeys, Université Catholique de Louvain 1992, Bruylant Bruxelles, 1992, p. 1.

¹⁵²⁰ Berthold Goldman, *La Lex Mercatoria et l'arbitrage dans les contrats internationaux : réalité et*

L'idée d'une coexistence entre l'espace étatique, considéré comme la seule source de droit selon le positivisme étatique, et un espace transnational semble être due à Edouard Lambert. Celui-ci relève, en 1934, l'émergence d'un nouveau droit commercial né « comme la loi marchande médiévale de la seule force des faits économiques (et ayant) l'aptitude à se répandre librement par-dessus les frontières des Etats et des nationalités »¹⁵²¹. L'idée d'un ordre juridique « a-national » était née.

C'est en revanche au Professeur Goldman¹⁵²² (en 1964) que l'on doit la reprise du vocable latin¹⁵²³ *Lex Mercatoria* pour désigner si ce n'est un système, du moins un mouvement du droit.

Le Professeur Goldman a été frappé par l'importance prise dans le commerce international par les normes d'origine professionnelle et il formula l'hypothèse de « règles transnationales que les partenaires des échanges économiques internationaux se donneraient progressivement à eux-mêmes, notamment dans le cadre de leurs organismes professionnels, et que les arbitres (...) constateraient, préciseraient voire même élaboreraient à leur intention »¹⁵²⁴.

807. Le concept de *Lex Mercatoria* est ainsi issu de la constatation que des particuliers¹⁵²⁵ ont établi des règles de façon spontanée¹⁵²⁶ et ce sans intervention des organes étatiques. Ces règles apportent une réponse juridique directe aux rapports du commerce international. Pour le Professeur Goldman, l'ensemble des relations économiques internationales paraît « échapper à l'emprise d'un droit étatique, voire d'un droit uniforme intégré dans la législation des Etats qui y ont adhéré, pour être aménagées et gouvernées selon des normes

perspectives, Clunet 1979, p. 475.

¹⁵²¹ Edouard Lambert, *Sources du droit comparé ou supra national, Législation uniforme et jurisprudence comparative* in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Duchemin Paris, T. III, 1934, p. 478-504, spé. p. 498.

¹⁵²² Berthold Goldman, *Frontières du droit et Lex Mercatoria*, Archives de Philosophie du Droit, 1964, TIX, p. 177.

¹⁵²³ L'expression *Lex Mercatoria* semble dater du latin médiéval (identifiée dans des documents datant de 1268 et 1419) et semble être ignorée du latin de l'antiquité : Karine Jacquet-Sano, *La juridicité de la Lex Mercatoria*, Thèse pour le doctorat en droit sous la direction du Professeur Roger le Moal, Université de Nantes, 1998, p. 2. L'ancienneté de ce terme est contestée par le Professeur Bart, qui parlant du droit des marchands médiévaux « qu'on appelle depuis peu *Lex Mercatoria* » expose que celui-ci avait à l'époque différentes appellations : *negociandi usus*, *jus mercatorum*, *jus nundinarum*, *consuetudines gildae mercatoriae*... Jean Bart, *La Lex Mercatoria au Moyen âge : mythe ou réalité ?* in *Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du vingtième siècle*, Litec Paris, 2000, p. 9 et 10.

¹⁵²⁴ Philippe Kahn, *Droit international économique, droit du développement, Lex Mercatoria : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ?*, in *études offertes à Berthold Goldman*, Litec Paris 1992, p. 125.

¹⁵²⁵ Le terme particulier désigne ici les opérateurs du commerce international.

¹⁵²⁶ Ce caractère spontané ne tiendrait pas tant au fait qu'il serait né de la seule pratique mais surtout parce qu'il serait né de façon décentralisée et qu'il aurait été spontanément appliqué par les opérateurs du commerce international.

d'origine professionnelle, ou des règles coutumières et des principes que des sentences arbitrales révèlent, à moins qu'elles ne les élaborent »¹⁵²⁷.

Il est ainsi possible de considérer la Lex Mercatoria comme l'ensemble des moyens mis en œuvre par les commerçants internationaux pour libérer le commerce international des dispositions législatives émanant des Etats.

808. Afin de démontrer l'existence d'une Lex Mercatoria, deux méthodes ont été utilisées par la doctrine.

La première consiste à induire la qualité de droit de la Lex Mercatoria, de la juridicité de ses sources et de ses règles (1).

La seconde, qui paraît la plus logique, est d'abord de prouver l'existence d'un ordre juridique capable de produire des normes avant de prouver l'existence de ces normes (2).

Ces deux méthodes, ainsi que les critiques qu'elles ont suscitées, doivent être examinées.

1) L'existence d'un système complet de règles juridiques spécifiques au commerce international

809. La conclusion du Professeur Goldman selon laquelle les pratiques du commerce international constituent des normes juridiques, ces éventuelles normes juridiques composant un ordre juridique structuré¹⁵²⁸, doit être vérifiée. On ne distinguera pas les sources et le contenu de la Lex Mercatoria, d'abord parce que la plupart des auteurs qui écrivent sur la Lex Mercatoria n'ont pas distingué ces deux notions¹⁵²⁹ et ensuite parce que cette étude n'a pas pour objet un inventaire des règles matérielles qui pourraient composer la Lex Mercatoria. Il est en effet plus intéressant, dans une étude sur un éventuel rôle d'uniformisation juridique que pourrait jouer la Lex Mercatoria, d'envisager celle-ci de façon générale. Enfin, la Lex Mercatoria n'étant pas un système achevé, ses règles apparaissent indissociables de ses sources.

Se pose d'abord le problème de la juridicité des pratiques du commerce international (a) puis celui de leur homogénéité (b).

¹⁵²⁷ Berthold Goldman, op. cit. p. 177.

¹⁵²⁸ Berthold Goldman, *Frontières du droit et Lex Mercatoria*, op. cit. , p. 171 et s.

¹⁵²⁹ Karine Jacquet-Sano, *La juridicité de la Lex Mercatoria*, op. cit. p. 188 et 189.

a) Le caractère juridique des pratiques du commerce international ?

810. Comme le souligne Monsieur Osman, « le constat de l'existence de principes généraux régissant l'interprétation, la formation et l'exécution du contrat international ne peut suffire à lui seul à établir la réalité de la Lex Mercatoria conçue comme un ordre juridique. Aussi est-il important de rechercher les canaux qui permettent, sur le plan formel, l'élaboration des normes « a-nationales ». Reléguée généralement à la philosophie du droit, aussi bien dans l'étude de sa fonction que de son bien-fondé, la notion de source permettra, en effet, d'éclairer le contenu même et la structure de cette Lex Mercatoria considérée à titre hypothétique comme un ordre juridique. Les théoriciens du droit recourent, en effet, fréquemment au concept de source pour mettre en lumière les fondements d'un système juridique quel qu'il soit »¹⁵³⁰.

811. D'après la théorie pure du droit développée par Kelsen, le droit international apparaît comme un ordre juridique structuré qui tient sa source d'un ordre juridique supérieur. Pour lui la coutume est érigée en source de droit positif par la norme fondamentale (grundnorm). Il explique que « la coutume est un mécanisme de création de règles de droit prévu et réglementé par l'ordre juridique, tout comme l'est la législation ; l'on pourrait donc attribuer la création des règles de droit coutumier à l'Etat, aussi bien que celle des règles législatives. Si on ne le fait c'est uniquement pour la raison qu'à la différence de la législation, elle n'est pas une fonction d'un organe spécialisé appelé à cette fonction suivant une procédure particulière »¹⁵³¹. Le rationalisme prôné par Kelsen et son attachement au positivisme semblent de ce fait plaider contre la possibilité, pour des règles coutumières, de constituer un ordre juridique autonome et structuré.

812. Monsieur Hart propose une conception opposée. Pour lui le droit international est un droit primitif qui consiste en un ensemble de règles primaires d'obligations qui ne sont structurées en système par aucune règle de reconnaissance. Il soutient que la validité des normes internationales est simplement décidée par le fait qu'« elles sont acceptées et fonctionnent en tant que telles »¹⁵³². Il résulte de sa conception que le droit international n'a pas de sources.

813. Ces deux analyses sont contraires. La première théorie s'oppose à une quelconque autonomie et ainsi à un quelconque rôle de producteur de normes des opérateurs du commerce

¹⁵³⁰ Filali Osman, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*, L.G.D.J. Paris, 1992, p. 257.

¹⁵³¹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, collect. *philosophie du droit*, Dalloz Paris, 1962, p. 388 et 389.

¹⁵³² Herbert L.A. Hart, *Le concept du droit*, publication des Facultés Universitaires Saint-Louis Bruxelles, 1976, n° 208 et s.

international. La seconde théorie postule elle, l'absence d'unité du droit international : « le droit international manque non seulement des règles secondaires de changement et de décision qui pourvoient à l'existence d'un corps législatif et de tribunaux, mais également d'une règle de reconnaissance qui, en spécifiant les « sources » du droit et en fournissant des critères généraux permettant d'identifier ses règles, assure leur unité ».¹⁵³³

814. Monsieur Osman a une vision différente de la notion de source qui désigne selon lui « les différents modes de production de la règle de droit, ou plus précisément les sources formelles d'un système juridique donné. L'épithète « formel » marque alors l'existence d'une volonté consciente de produire une règle juridique conformément à des procédés eux-mêmes organisés par le droit »¹⁵³⁴. A partir de là, il constate l'existence de deux sources formelles « a-nationales », qui sont les usages corporatifs et l'arbitrage.

815. L'analyse de Monsieur Ago¹⁵³⁵, pour qui le concept de « droit positif » comme étant celui qui a été élaboré en tant que produit d'un processus de création juridique prévu dans une norme antérieure, ne s'applique pas au droit international, paraît préférable. Il constate en effet qu'en droit international, il existerait des normes qui n'émanent pas d'une source mais qui se seraient formées spontanément. Les premières, les normes de droit positif¹⁵³⁶ pourraient être identifiées par leur méthode de création, alors que pour identifier l'existence du droit spontané il faudrait avoir recours empiriquement à « une constatation de leur action effective en tant que normes de droit au sein de la société en question ».

C'est un raisonnement similaire qui est suivi par le Professeur Goldman. En effet, il n'envisage pas la Lex Mercatoria strictement sous l'angle des sources, mais plutôt sous celui de son contenu. Il s'agit alors de savoir si les règles de la Lex Mercatoria sont des règles de droit. Il n'est d'ailleurs pas convaincu de l'intérêt d'une telle distinction¹⁵³⁷ et, procédant par un raisonnement inductif, il établit dans un premier temps qu'il existe des règles autonomes qui ont valeur de règles de droit, pour en induire l'existence d'un ordre juridique de la Lex Mercatoria.

816. Ce caractère juridique des règles du commerce international est contesté par une partie de la doctrine. Ainsi Monsieur Kassis considère que les règles du commerce international sont de simples usages et non des codifications impératives, ce qui leur retire leur caractère de source normative et donc leur force juridique. Pour parer à la critique selon laquelle ces règles

¹⁵³³ Herbert L.A. Hart, *ibid.*, n° 209, p. 254.

¹⁵³⁴ Filali Osman, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*, LGDJ, 1992, p. 158.

¹⁵³⁵ Roberto Ago, *Droit positif et droit international*, AFDI 1957, p. 14 et s.

¹⁵³⁶ C'est principalement du droit écrit. En droit international il s'agit surtout des conventions internationales.

¹⁵³⁷ Berthold Goldman, *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria, Etudes en l'honneur de Pierre Lalive*, éd. Helbing et Lichtenahn, Bâle 1993, p. 242.

coutumières ne sont pas obligatoires, mais qu'appliquées par les opérateurs du commerce international, ceux-ci finissent par les juger telles, il donne l'exemple suivant : « certes, l'exportateur de blé qui vend en se référant à un contrat-type et le banquier qui confirme un crédit documentaire selon les Règles et usances de la CCI n'ont pas le sentiment de se placer dans une situation de fait « en marge » du juridique. Mais, il n'y a aucun lien logique entre cette affirmation du Professeur Goldman et la conclusion qu'il en tire. Si, ce faisant, l'exportateur ou le banquier se place dans une situation de droit, cela ne signifie pas, comme le croit le Professeur Goldman, qu'il « pense », s'il est de bonne foi, qu'il devra suivre les prescriptions de ces documents, « qu'il sent, fût-ce confusément, la nécessité de placer le contrat dans le cadre de normes générales » qui peuvent être trouvées dans le droit professionnel et dans les usages. L'exportateur ou le banquier se place dans une situation de droit parce qu'il conclut un contrat et qu'un contrat est une opération juridique »¹⁵³⁸.

La critique portée contre la Lex Mercatoria réside dans le fait que l'efficacité de celle-ci ne résulte que de la simple liberté contractuelle ou de la libre adhésion. C'est une critique faite par Monsieur Kassis, en référence à la règle « *pacta sunt servanda* »¹⁵³⁹ qui a vigueur en matière de droit international.

817. Il apparaît cependant que cette critique ne peut être retenue et cela pour deux raisons. D'abord, parce que si les commerçants internationaux suivent ces règles c'est parce qu'elles sont adaptées à leurs besoins et aux exigences du milieu dans lequel ils évoluent. C'est pourquoi, même s'ils savent qu'ils peuvent s'écarter de ces règles, ils s'y tiennent car ils estiment qu'il n'y a pas de meilleur moyen de garantir la sécurité de leurs opérations et la prévisibilité du corpus juridique applicable à leurs éventuels litiges. Il faut d'ailleurs souligner à ce propos qu'un opérateur qui ne suivrait pas les usages de sa profession ou n'utiliserait pas les instruments contractuels en vigueur risquerait des sanctions pécuniaires de la part de l'organisme professionnel dont il peut faire partie, et s'exposerait en tout cas à des difficultés pour trouver des partenaires contractuels.

Enfin, il importe peu que la Lex Mercatoria soit uniquement composée d'éléments non obligatoires. Ce qui importe c'est que ces règles, même si elles sont de simples suggestions, deviennent effectives en pratique.

818. Il reste cependant à démontrer qu'elles sont suffisamment homogènes pour pouvoir constituer un système juridique.

¹⁵³⁸ Antoine Kassis, op. cit, p. 311.

¹⁵³⁹ « Locution latine affirmant le principe selon lequel les traités et, plus généralement les contrats doivent être respectés par les parties qui les ont conclu ». Définition tirée du *Lexique des termes juridiques*, sous la direction de Raymond Guillien et Jean Vincent, Dalloz Paris, 15^{ème} éd. 2005.

b) L'homogénéité de la Lex Mercatoria

819. La Lex Mercatoria apparaît comme un droit en formation, ou en tout cas comme un droit en évolution. Il est dès lors assez délicat d'en envisager le contenu. Ce caractère évolutif apparaissant d'ailleurs comme inhérent à sa nature. Le contenu de la Lex Mercatoria sera étudié dans les développements qui suivent. Il convient juste ici de se demander si celle-ci est composée d'éléments relativement homogènes ?

Pour Madame Jacquet-Sano, « la Lex Mercatoria n'est pas un tout, elle n'est pas un système achevé, ses règles sont indissociables de ses sources. Une définition fonctionnelle de la Lex Mercatoria fera apparaître qu'originellement, elle n'est pas un ordre juridique, mais qu'elle conceptualise un ensemble de sources appliquées distinctement ou de manière combinée par les arbitres du commerce international afin de dégager une solution à un litige »¹⁵⁴⁰.

Cette constatation amène une partie de la doctrine à contester le caractère juridique des règles de la Lex Mercatoria, l'ensemble ne présentant pas suffisamment d'homogénéité et de plénitude pour pouvoir constituer un vrai système juridique du commerce international¹⁵⁴¹.

Il est clair que le contenu de la Lex Mercatoria peut constituer un facteur de diversification important. Celle-ci peut avoir lieu dans un milieu d'affaire (un groupement donné de commerçants). Elle est aussi très liée à l'arbitrage international, qui comme il l'a été vu, est un règlement spécialisé des litiges qui ne se prête pas toujours à une systématisation des solutions.

Le Professeur Lagarde¹⁵⁴² reprend cette critique et va même plus loin en affirmant qu'il n'y aurait pas une seule Lex Mercatoria mais des « *leges mercatoriae* »¹⁵⁴³.

820. Cette diversité de sources et de composantes de la Lex Mercatoria, n'apparaît pas un élément décisif pour pouvoir nier l'existence d'un tel corpus juridique. Même dans l'ordre juridique interne, il y a pluralité de sources du droit¹⁵⁴⁴ et pluralité de composantes du droit¹⁵⁴⁵. En outre, cette diversité apparaît même comme un avantage en matière de droit du commerce international car l'harmonisation n'est pas toujours adaptée à la diversité des pratiques et des situations rencontrées en matière de commerce international. De plus, la

¹⁵⁴⁰ Karine Jacquet-Sano, op. cit. , p. 193.

¹⁵⁴¹ Henri Bauer, *Les traités et les règles de droit international privé matériel*, RCDIP 1966, p. 537-574.

¹⁵⁴² Paul Lagarde, *Approche critique de la Lex Mercatoria*, op. cit. , p. 135-136 et 138-139.

¹⁵⁴³ Expression reprise par Julio D. Gonzalez Campos, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, op. cit. p. 146.

¹⁵⁴⁴ Parlement, Gouvernement, jurisprudence, coutume, Union européenne...

¹⁵⁴⁵ Constitution, loi, règlement...

diversité permet aux parties d'opter pour les règles les plus favorables et appropriées à leur contrat. Enfin, il faut signaler les essais modernes d'uniformisation de cette source du droit du commerce international : « la creeping codification de la Lex Mercatoria ». Il s'agit d'un travail de rédaction, lancé par Monsieur Berger¹⁵⁴⁶, d'une liste ouverte des principes de la Lex Mercatoria. Cette liste indique les références doctrinales, jurisprudentielles, législatives, coutumières ou liées à la pratique marchande, employées pour son élaboration. Une telle liste n'étant pas destinée à rester figée, son comblement est laissé à l'œuvre et à l'interaction réciproque de la jurisprudence, de la doctrine et de la pratique marchande. Celle-ci est aujourd'hui gardée par le Center for Transnational Law de Munich, qui se charge aussi de sa constante mise à jour. Une telle liste, si elle est largement diffusée et utilisée par la pratique, devrait permettre d'assurer plus d'unité et de prévisibilité en ce qui concerne l'application de la Lex Mercatoria.

821. De façon plus percutante, toujours à l'encontre de la Lex Mercatoria, le Professeur Lagarde estime que le terme Lex Mercatoria sert à qualifier des normes non étatiques prétendument désignées. Or, pour lui, constater l'existence de normes non étatiques ne prouve pas l'existence d'un ordre juridique des marchands.

Il est clair d'une part, que les opérateurs du commerce international ont à leur disposition des moyens juridiques leur permettant d'échapper aux ordres juridiques nationaux. Il s'agit principalement de la large place accordée à l'autonomie de la volonté en matière internationale et de la possibilité de recours à l'arbitrage international...

D'autre part, il paraît évident que les relations commerciales internationales ne peuvent être rattachées à un ordre juridique national unique. En l'absence d'un droit international uniforme, il semble bien y avoir de la place pour un droit spécifique adapté aux particularités de ces relations. Même les farouches opposants à la Lex Mercatoria ne nient pas la présence d'un corpus de règles s'appliquant aux relations commerciales internationales. Ainsi, les contrats internationaux ont connu un phénomène de normalisation¹⁵⁴⁷. Les opérateurs (souvent des multinationales) ont rédigé des conditions générales, codes, chartes de bonne conduite... Il a été possible d'observer le rassemblement par la C.C.I. des termes les plus couramment employés en matière de vente commerciale internationale...¹⁵⁴⁸

¹⁵⁴⁶ K. P. Berger, *The creeping codification of the Lex Mercatoria*, La Haye-Londres-Boston, 1999, p. 91 et 92.

¹⁵⁴⁷ Rédaction de contrats-types sous l'égide d'organisations internationales ou de groupements corporatifs.

¹⁵⁴⁸ Si l'on s'en tient à une conception stricte « la vraie nature de la Lex Mercatoria est non-codifiée, non-légale, non-conventionnelle ». Roy Goode, *Usage and its reception in transnational commercial law*, International Comparative Law Quarterly, 1997, vol. 46, p. 5. Cette définition semble cependant trop étroite car rien ne s'oppose à ce que des éléments de cette Lex Mercatoria soient repris par des organisations professionnelles ou non-gouvernementales afin d'en faciliter la diffusion ou la connaissance.

822. Reste maintenant à savoir, s'il s'agit de simples pratiques contractuelles respectées par les commerçants afin de conserver leurs relations commerciales et une éventuelle bonne réputation dans un milieu d'affaires, s'il s'agit encore de simples usages ou bien d'un véritable corps de règles méritant d'être qualifié de juridique ?

Afin de le savoir, il faudrait que cet ordre juridique transnational s'appuie sur « un système autonome de sources et disposant de mécanismes appropriés pour le contrôle de son application »¹⁵⁴⁹.

Il faut ainsi en venir à la proposition selon laquelle l'existence d'une Lex Mercatoria suppose la présence d'une communauté marchande suffisamment cohérente et organisée pour donner naissance à un corps de règles présentant de tels caractères, ce qui conduit à la vérification de la seconde méthode.

2) L'existence d'une société internationale des marchands productrice de normes juridiques

823. Existe-t-il une société des marchands suffisamment organisée pour qu'elle puisse constituer un ordre juridique ?

Monsieur Romano considère que le plus achevé des ordres juridiques est l'Etat. Il admet pourtant que ce n'est pas le seul ordre juridique. Selon lui, dès qu'il existe un élément d'organisation sociale, il y a ordre juridique. Cette analyse est celle reprise par des partisans de la Lex Mercatoria qui considèrent que, plutôt que de s'engager dans la difficile démonstration de son assimilation à des règles juridiques, il suffit de démontrer l'existence d'une société internationale des marchands pour que la Lex Mercatoria constitue un ordre juridique.

C'est la méthode choisie par Monsieur Kahn qui considère que « l'existence de solidarités professionnelles est la condition nécessaire pour que l'on puisse envisager un droit international commercial »¹⁵⁵⁰.

Il est possible de postuler le fait que si les opérateurs du marché international ne constituent pas un milieu suffisamment homogène, il n'y aura pas de solidarité professionnelle, il en résultera que ceux-ci ne pourront créer des solutions juridiques cohérentes et adéquates.

¹⁵⁴⁹ Michel Virally, *Un tiers droit ? Réflexions théoriques*, in, études offertes à Berthold Goldman, Litec Paris, 1987, p. 378. *Le droit des relations économiques*.

¹⁵⁵⁰ Philippe Kahn, *La Lex Mercatoria et pratique des contrats internationaux : l'expérience française*, in *le contrat économique international, stabilité et évolution*, Travaux des VII èmes journées d'étude juridiques Jean Dabin, Bruylant Bruxelles, Pédone Paris, 1975, p. 176 et 177.

824. Pour le Professeur Lagarde, la *societas mercatorum* ne constitue pas, de part sa diversité, une « institution capable de produire ses propres normes »¹⁵⁵¹. Il reconnaît tout au plus l'existence d'îlots d'organisation en matière de commerce international mais pas de société des marchands. De même, Monsieur Kassis, grand pourfendeur de la *Lex Mercatoria*, indique que « le milieu dans lequel se développe le commerce international est lui-même si étendu, si diversifié et si cloisonné, qu'on en vient à douter qu'il puisse servir de cadre à une communauté pourvue d'un minimum d'organisation, à l'instar des autres exemples d'ordres juridiques »¹⁵⁵².

Le Professeur Goldman objecte à cela qu'il n'est pas nécessaire que la société des marchands constitue un ensemble parfaitement homogène pour qu'elle puisse produire des règles de droit. En effet, l'ordre juridique le plus achevé qu'est l'Etat, est également constitué d'une pluralité de sociétés distinctes¹⁵⁵³.

825. Les pratiques internationales émanent ainsi d'un milieu hétérogène et défini.

Hétérogène puisqu'elles proviennent de sujets de droit différents¹⁵⁵⁴, qui ont parfois des objectifs sinon antagonistes, du moins divergents. Pourtant, même si les opérateurs sont divers, il existe bien des solidarités professionnelles mais celles-ci se manifestent dans le cadre d'une « société libérale et concurrentielle qui s'organise par autodiscipline » et se réalisent par le biais des sociétés multinationales¹⁵⁵⁵.

Les sociétés internationales réalisent, en effet, une certaine uniformisation de l'espace par le biais de clauses uniformes. Cette vision d'une société internationale des commerçants dans laquelle dominant de grands groupes internationaux semble réduire la *Lex Mercatoria* à un rôle d'autorégulation, ou même à être une simple « loi du plus fort ». Cette vision, pour réaliste qu'elle soit, est cependant caricaturale et ne tient pas compte de la complexité des relations commerciales, des rapports d'influence entre les différents groupements d'intérêts.

Ce milieu apparaît défini ensuite pour le Professeur Sur. Il souligne la différence avec la coutume en matière interne dans laquelle les sujets qui interviennent ne sont pas identifiables. « La coutume internationale, à l'opposé, dont le statut est précisé par le droit positif, ne peut

¹⁵⁵¹ Paul Lagarde, *Approche critique de la Lex Mercatoria, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec Paris, 1987, p. 133.

¹⁵⁵² Antoine Kassis, *Théorie générale des usages du commerce : droit comparé, contrats et arbitrages internationaux*, *Lex Mercatoria*, L.G.D.J., Paris 1984, p. 282-286.

¹⁵⁵³ Qu'elles soient bien organisées : agriculteurs, membres des professions libérales, ou beaucoup moins : professionnels, consommateurs...

¹⁵⁵⁴ Organisations internationales, multinationales...

¹⁵⁵⁵ Philippe Kahn, *La Lex Mercatoria et pratique des contrats internationaux : l'expérience française*, in *le contrat économique international, stabilité et évolution*, Travaux des VII^{èmes} journées d'étude juridiques Jean Dabin, Bruylant Bruxelles, Pédone Paris 1975, p. 176 et 177.

provenir que de comportements imputables à des sujets identifiés et en nombre limité »¹⁵⁵⁶. Cette affirmation du Professeur Sur paraît surprenante dans la mesure où la coutume et les usages tirent leur normativité de la volonté des sujets de droit. La coutume est de ce fait un processus ouvert qui se forme par tout moyen propre à établir le consentement des sujets de droit. Par conséquent, ce n'est pas tant la qualité des sujets de droit qui importe mais surtout un croisement de différents consentements, la répétition d'une pratique.

Il suffit, pour qu'il y ait pratiques, qu'elles soient adaptées aux besoins du commerce international et soient constamment suivies par les opérateurs des transactions commerciales internationales, alors celles-ci deviennent des usages.

826. A ce stade des développements, il semble que l'existence d'une communauté des marchands ne soit pas un élément suffisant pour démontrer l'existence ou l'inexistence d'un corps de règle non-étatique.

A l'heure actuelle, personne ne conteste plus qu'il y a une augmentation du nombre des litiges commerciaux internationaux et que ceux-ci se trouvent réglés par l'arbitrage et par l'application des usages du commerce international. Dès lors, il est possible, à partir de ce constat, d'admettre l'existence d'un droit « a-national ». Quel est le régime de celui-ci ?

B - Le régime de la Lex Mercatoria

827. Une étude du régime de la Lex Mercatoria impose de déterminer au préalable son contenu. Ce n'est pas chose aisée car celle-ci est composée d'éléments divers (1). Sa valeur juridique pose aussi problème car la Lex Mercatoria semble manquer d'autonomie par rapport aux Etats (2).

1) Le contenu de la Lex Mercatoria

828. Ainsi qu'il a déjà été exposé, il ne s'agit pas de faire ici de distinction entre les sources et le contenu de la Lex Mercatoria puisque c'est généralement l'étude de ses sources qui permet d'en dégager le contenu.

L'examen des travaux doctrinaux sur la Lex Mercatoria laisse apparaître des divergences importantes quant au contenu de celle-ci.

¹⁵⁵⁶ Serge Sur, *La coutume internationale sa vie, son œuvre*, in *la coutume*, vol. 3 de la Revue française de théorie juridique, 1986, p. 112.

829. Principalement, on trouve deux tendances doctrinales : une tendance à élargir l'éventuel contenu de ce corpus juridique et une tendance, au contraire, à réduire très largement le contenu de la Lex Mercatoria.

830. En ce qui concerne le premier courant, il est soutenu principalement par le Professeur Goldman et Monsieur Osman. Ils considèrent que la Lex Mercatoria prend sa source essentiellement dans les contrats et l'arbitrage international, mais ils admettent aussi que les principes généraux du droit¹⁵⁵⁷ jouent un rôle dans son élaboration¹⁵⁵⁸. Monsieur Osman insiste dans son analyse sur le rôle important joué par l'arbitrage international. Il estime que « l'arbitre ne se limite pas à constater les usages énoncés par les opérateurs du commerce international et qui s'imposent à lui, mais est aussi à l'origine d'une production normative dont l'importance quantitative et qualitative va croissant¹⁵⁵⁹ ». La Lex Mercatoria n'étant pas un ordre juridique déjà constitué s'imposant à l'arbitre, mais un ordre juridique en pleine formation auquel il participe.

Monsieur Strenger, développant une conception extensive de la Lex Mercatoria, y inclut aussi les « ordonnances qui émanent d'institutions spécialisées »¹⁵⁶⁰. Il vise ainsi les règles de la Chambre de commerce internationale (entité privée¹⁵⁶¹ représentant la communauté commerciale mondiale créée en 1919 par des représentants des milieux économique et qui siège à Paris). On peut aussi citer les règles émanant d'institutions internationales telle que la CNUDCI.

Il est intéressant de relever, que pour ces auteurs, quasiment toutes les règles composant la Lex Mercatoria sont relatives aux contrats.

Pourtant comme le souligne Monsieur Loquin¹⁵⁶² : « ne concevoir la Lex Mercatoria qu'en termes d'usage conventionnel oblige à en limiter le domaine à la seule interprétation du contrat. Or, il peut arriver que les litiges commerciaux internationaux soulèvent d'autres questions : formation du contrat par exemple ou encore responsabilité extra-contractuelle. Or, ces questions doivent être également régies par des règles répondant aux besoins du commerce international. La jurisprudence arbitrale offre, d'ailleurs, des exemples

¹⁵⁵⁷ Les usages et principes généraux se distinguent par le fait que les premiers seraient donnés dans le ressort d'un type de commerce ou d'activité spécifique, tandis que les autres seraient caractérisés par leur applicabilité plus générale. Roy Goode, *Usage and its reception in transnational commercial law*, International Law Quarterly, 1997, vol. 46, p. 16.

¹⁵⁵⁸ Pour Filali Osman, il ressort de l'examen des sentences arbitrales que l'application combinée des usages et des principes généraux ont produit les principes généraux de la Lex Mercatoria.

¹⁵⁵⁹ Filali Osman, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*, LGDJ 1992, p. 14.

¹⁵⁶⁰ Irineu Strenger, *La notion de Lex Mercatoria en droit du commerce international*, op. cit., p. 279.

¹⁵⁶¹ C'est une association de droit français (loi du 1^{er} juillet 1901).

¹⁵⁶² Eric Loquin, *La réalité des usages du commerce international*, Revue Générale de Droit Economique, 1985, n° 70, p. 116.

d'application de telles règles¹⁵⁶³ ». Au vu de ces constatations, il apparaît que la première tendance doctrinale veut faire de la Lex Mercatoria un corps juridique ayant une pluralité de sources.

831. Pour les tenants d'une conception restrictive de la Lex Mercatoria¹⁵⁶⁴, celle-ci serait réduite à la pratique contractuelle, aux usages du commerce international. Comme le souligne Madame Jacquet-Sano, pour ces auteurs, « l'arbitrage n'est envisagé que dans sa fonction contentieuse, et les principes généraux du droit que dans leur fonction de règles d'interprétations communes aux nations civilisées »¹⁵⁶⁵.

Toutefois, une étude attentive des sentences rendues par les arbitres internationaux permet de faire apparaître l'existence d'une véritable jurisprudence arbitrale¹⁵⁶⁶. Il semble que ce soit l'interprétation des arbitres qui crée une grande partie du droit transnational et plus particulièrement les principes généraux de la Lex Mercatoria. Cela serait dû à l'absence de législateur international. La vocation de l'arbitre international serait de suppléer à cette lacune en s'érigeant en créateur de normes doté d'une autorité normative. Dès lors, la fonction d'identification du droit applicable (voire celle de « dire le droit » en cas d'amiable composition) ou d'interprétation confiée à l'arbitre, est indéniablement à l'origine de l'énoncé de principes dont la véritable autorité est sans conteste l'organe d'application du droit du commerce international, à savoir l'institution arbitrale.

Plusieurs arguments sont avancés à l'encontre de l'érection de l'arbitrage international en source formelle de la Lex Mercatoria. Monsieur Kassis¹⁵⁶⁷ objecte d'abord que l'arbitre se contenterait de signaler des usages en cours de formation et que ce faisant, il n'accomplit pas d'œuvre normative. Or l'une des fonctions de la règle juridique est justement de permettre de résoudre d'éventuels conflits et de créer par sa prévisibilité un sentiment de sécurité chez les opérateurs ayant des relations transfrontalières.

Le Professeur Kahn, reconnaissant que la jurisprudence arbitrale s'était imposée comme une source de la Lex Mercatoria, souligne que le contentieux arbitral ne révèle que ce qui ne va pas. Il en résulterait qu'une grande part de la Lex Mercatoria, un grand nombre de pratiques

¹⁵⁶³ Berthold Goldman, *Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage internationaux*, travaux du Comité français de droit international privé, 1977-1979, p. 232.

¹⁵⁶⁴ Travaux de Monsieur Kahn et Monsieur Fouchard.

¹⁵⁶⁵ Karine Jacquet-Sano, op. cit., p. 181.

¹⁵⁶⁶ Cf. par exemple l'intervention de Berthold Goldman in *L'autonomie des parties contractantes dans les relations commerciales internationales*, 2^{ème} congrès Unidroit, Oceana Publication 1977, p. 498. Même auteur in *La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux*, JDI 1979, p. 491 et s.

¹⁵⁶⁷ Antoine Kassis, *Théorie générale des usages du commerce international, (droit comparé, contrats et arbitrages internationaux, Lex Mercatoria)*, LGDJ Paris, 1984.

contractuelles, ne seraient pas juridicisées¹⁵⁶⁸. Cette critique, malgré sa pertinence, ne peut être retenue car l'arbitrage international n'étant pas la seule source de la Lex Mercatoria, la pratique contractuelle qui en est une aussi permet de prendre en compte les pratiques contractuelles qui ne sont pas jugées par des arbitres.

En outre, il estime que l'arbitrage ne reflète qu'un certain type de problème à un moment donné alors qu'il y a une évolution des litiges relatifs au commerce international et que ce qui est important aujourd'hui le sera peut être moins demain. Cette observation est tout à fait exacte mais c'est justement une des particularités, et de surcroît une des qualités de la Lex Mercatoria de pouvoir évoluer rapidement.

En ce qui concerne, ensuite, l'éventualité pour les principes généraux du droit d'être une source de la Lex Mercatoria, le Professeur Fouchard considère que ceux-ci ne composent pas la Lex Mercatoria mais produisent un droit commun des Nations¹⁵⁶⁹. Il est possible d'objecter à cette remarque, que si des principes sont dégagés par les arbitres internationaux sans aucune référence à une loi nationale particulière, ils le sont car ces usages sont régulièrement appliqués par les commerçants internationaux et ce quelque soit leur nationalité. Il est aussi possible de soulever le fait que l'utilisation de principes généraux par les arbitres, même si ceux-ci sont empruntés à des législations nationales, « entraîne toujours une transformation, une simplification, un détachement de l'origine qui permettent la transnationalisation de la règle »¹⁵⁷⁰.

832. La Lex Mercatoria apparaît ainsi comme un ensemble de règles complexes. Il y a désaccord de la doctrine sur les sources et donc le contenu et la définition de cette Lex Mercatoria.

Comme le résume Madame Jacquet-Sano, « sa nature juridique est celle d'une source. Source formelle d'une part, puisqu'un certain nombre de règles coutumières sont issues de la pratique des contrats internationaux. Source dite « réelle » d'autre part, dans la mesure où elle désigne l'activité de l'ensemble des opérateurs du commerce international dans le domaine de la réglementation de leurs contrats, et qui a vocation à inspirer la première »¹⁵⁷¹.

Aucun des adversaires de la Lex Mercatoria ne peut nier que les contrats internationaux sont « régis par des usages dont la réalité est attestée par les pratiques et les autorités tant

¹⁵⁶⁸ Philippe Kahn, *La Lex Mercatoria : point de vue français après quarante ans de controverses*, Revue de droit Mc Gill, vol. 37, août 1992, n° 2, p. 421.

¹⁵⁶⁹ Philippe Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz Paris, 1965, p. 401 et s.

¹⁵⁷⁰ Philippe Kahn, *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international*, op. cit. p. 327.

¹⁵⁷¹ Karine Jacquet-Sano, op. cit. , n° 593, p. 497.

corporatives que juridictionnelles du commerce international et même des Etats »¹⁵⁷². Ces règles se trouvent cependant en conflit ou, tout du moins, confrontées à des règles étatiques que celles-ci soient des règles internes stricto sensu ou des règles internationales adoptées par les Etats. De ce fait, se pose la question de l'autonomie de la Lex Mercatoria. Cette question permettra de voir l'accueil que lui fait l'ordre juridique français.

2) L'autonomie de la Lex Mercatoria

833. La Lex Mercatoria a été parfois qualifiée de « droit sans l'Etat »¹⁵⁷³ alors que celle-ci apparaît largement rattachée aux ordres juridiques étatiques. Son autonomie pourrait se heurter au fait que « toutes les surfaces habitables de notre planète sont aujourd'hui soumises à une souveraineté étatique ou à une autre »¹⁵⁷⁴ et que leur concours est nécessaire pour imposer toute prescription.

La question se pose de savoir quel est le rapport entre cet ordre juridique et les systèmes nationaux ? La doctrine a surtout analysé la jurisprudence arbitrale, celle-ci a trouvé¹⁵⁷⁵ des cas d'applications directs de la Lex Mercatoria sans passer par aucune règle de conflit au préalable, ce qui semblerait justifier son autonomie par rapport aux ordres juridiques étatiques. Pourtant, comme l'affirme Monsieur Osman : « l'analyse de la jurisprudence arbitrale permet d'affirmer que la détermination du droit applicable au fond du litige procède toujours d'une démarche conflictuelle »¹⁵⁷⁶.

834. La Lex Mercatoria serait donc liée à un ordre juridique étatique donné qui en conditionnerait la valeur et l'efficacité juridique.

En effet, elle ne peut exister que parce que les Etats admettent un rôle prépondérant à l'autonomie de la volonté des parties dans les rapports du commerce international ; son efficacité est ensuite conditionnée par les dispositions impératives des ordres étatiques. Il faut effectivement tenir compte, lors de l'exécution des sentences arbitrales devant le juge étatique, de l'admission par les juridictions étatiques de tel ou tel usage...

Le Professeur David décrit très bien l'attitude des Etats qui ont laissé aux intéressés, par la voie de l'autonomie de la volonté et de l'arbitrage, le soin d'élaborer des règles pour le

¹⁵⁷² Bruno Oppetit, *Autour du contrat international*, Revue française de théorie juridique, 1990 n° 12 le contrat, p. 112.

¹⁵⁷³ *Global law without a state*, Gunther Teubner ed. , Dartmouth, 1997. Cité par Jean-Bernard Aubry in la globalisation, le droit et l'Etat, Montchrestien 2003, p. 50.

¹⁵⁷⁴ Berthold Goldman, *Frontières du droit et Lex Mercatoria*, Archives de philosophie du droit 1968, p. 189.

¹⁵⁷⁵ Roy Goode, *Usage and its reception in transnational commercial law*, *International Comparative Law Quarterly*, 1997, vol. 46, p. 28.

¹⁵⁷⁶ Filali Osman, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*, Paris, 1992, p. 366.

commerce international. Ce faisant ils n'abandonnent pas tout contrôle : « faites ce que vous voulez, ont-ils dit aux commerçants, nous nous réservons seulement de ne pas donner effet à vos contrats, de ne pas nous prêter à l'exécution forcée de vos sentences, si les uns ou les autres sont contraires à l'ordre public, tel qu'il est ou sera conçu par nous, dans un plein exercice de notre souveraineté, aujourd'hui ou demain »¹⁵⁷⁷.

835. Pour certains auteurs¹⁵⁷⁸, ce contrôle des législateurs nationaux est un obstacle à ce que cette réglementation revête le caractère de droit autonome ou de création spontanée. Elle resterait ainsi un droit national, même si celui-ci est peut-être identique dans plusieurs législations nationales.

Cette argumentation ne semble pas empêcher la Lex Mercatoria d'être un ordre juridique régissant les relations commerciales internationales, cet ordre juridique n'étant cependant ni complet ni autosuffisant face aux droits internes. La Lex Mercatoria serait ainsi un système juridique distinct mais non autonome par rapport aux systèmes de droit nationaux. Comme le souligne le Professeur Goldman, « ses lacunes sont plus grandes que celles des ordres juridiques nationaux, et son efficacité, voire son effectivité, moins assurés : d'aucuns y verront d'irréversibles infirmités ; d'autres, un signe – ou des maladies – de jeunesse... »¹⁵⁷⁹.

On admet de ce fait que l'ordre juridique est ouvert puisqu'il est aussi composé de principes transnationaux que l'on qualifie de Lex Mercatoria¹⁵⁸⁰.

Il est indéniable que les opérateurs du commerce international, se servant de l'arbitrage et de l'autonomie de la volonté, ont pris l'initiative de formuler des règles applicables en matière de commerce international. Faisant usage d'une faculté qui leur était reconnue par les droits des Etats, ils ont entrepris de reconstituer un droit international des affaires en limitant la compétence des juridictions étatiques pour résoudre leurs contestations.

836. Les Etats, en reconnaissant l'autonomie de la volonté et en acceptant largement le recours à l'arbitrage international, favorisent le recours à la Lex Mercatoria.

L'Etat, comme le souligne Monsieur Romano, peut laisser s'édifier des ordres juridiques « irrelevants¹⁵⁸¹ » pour lui¹⁵⁸². Pourtant, il ne faut pas en déduire qu'il se désintéresse du

¹⁵⁷⁷ René David, *Le droit du commerce international : une nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou une nouvelle « Lex Mercatoria » ?*, new directions in international trade law, 2^{ème} congrès Unidroit, Rome 9-15/09/1976, Oceana Publication New York, 1977, p. 19.

¹⁵⁷⁸ Hubert Bauer, *Les traités et les règles de droit international privé matériel*, RCDIP 1966, p. 546 et 547.

¹⁵⁷⁹ Berthold Goldman, *Une bataille judiciaire autour de la Lex Mercatoria : l'affaire Norsolor*, Revue de l'arbitrage 1983, p. 409.

¹⁵⁸⁰ De ce fait on rejette la théorie jus-naturaliste de l'ordre juridique en tant que système complet et autosuffisant.

¹⁵⁸¹ Mot anglais qui signifie non-pertinent ou qui n'a aucun rapport (traduction de l'auteur).

¹⁵⁸² Santi Romano, l'ordre juridique, Dalloz Paris, 1975, p. 11.

corpus juridique applicable au commerce international. D'abord, parce que la Lex Mercatoria ne peut couvrir, ou en tout cas ne couvre pas à l'heure actuelle, le champ juridique de la réglementation du commerce international, il y a alors besoin d'un droit issu d'autres sources. Ensuite, parce qu'il existe toujours la limite de l'ordre public des différents Etats : ceux-ci peuvent annuler des contrats ou refuser l'exequatur à des sentences arbitrales, si les uns ou les autres sont contraires à l'ordre public. Enfin parce qu'il faut rappeler la présence en cette matière de grandes conventions internationales¹⁵⁸³.

837. La Lex Mercatoria a de ce fait doublement besoin des Etats et du droit étatique, d'abord ce sont les Etats qui la rendent possible et ensuite ce sont eux qui en assurent la pérennisation.

S'agissant de la réception par les Etats de la Lex Mercatoria, et notamment sa réception en France, il apparaît que celle-ci en consacre la juridicité.

Dans un premier temps, la jurisprudence française a consacré l'existence de la Lex Mercatoria. Dans l'arrêt société Fougerolle¹⁵⁸⁴, la Cour de cassation a estimé qu'« en se référant aux principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international, les arbitres n'ont fait que se conformer à l'obligation qu'ils avaient... de définir le droit applicable à l'accord conclu ». Dans cette espèce, les arbitres n'avaient pas le pouvoir de statuer en amiable compositeur. La Cour de cassation considère pourtant qu'en se référant aux « principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international », ceux-ci ont statué en droit. Par cet arrêt, la Cour de cassation semble prendre acte de la présence de la Lex Mercatoria parmi les sources du droit du commerce international. Cette jurisprudence se trouve confortée par un autre arrêt de la Cour de cassation faisant référence à « l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales »¹⁵⁸⁵. Il apparaît là encore que la Cour de cassation n'emploie pas l'expression Lex Mercatoria. Il ne peut s'agir d'une omission. La jurisprudence française paraît assez ambiguë¹⁵⁸⁶. En effet, si elle semble consacrer la Lex Mercatoria comme norme juridique contraignante, elle évite cependant consciencieusement d'y faire référence de façon explicite alors que cela aurait permis de mettre fin à la controverse.

¹⁵⁸³ Outre les Conventions dont il a déjà été fait l'étude en Première partie, il est possible de citer la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises du 11 avril 1980.

¹⁵⁸⁴ Cass. Civ. II 09/12/1981, *Clunet* 1982, 931, note Oppetit.

¹⁵⁸⁵ Cass. Civ. I 22/10/1991, *RCDIP* 1992, p. 113, note Oppetit.

¹⁵⁸⁶ Hélène Gaudemet-Tallon, *Les sources internationales du droit international privé devant le juge français*, in *le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre Drat, Dalloz Paris, 2000, p. 577.

838. Il apparaît, par conséquent, que la Lex Mercatoria participe de façon importante au juridique¹⁵⁸⁷ pourtant, il faut relever sa faible participation au judiciaire.

Il est possible de trouver des explications à cela : on pourrait y voir un signe de la qualité de ces règles juridiques adoptées par les commerçants, de telles règles donnant peu lieu à des conflits. Il faut plutôt y voir la préférence des milieux d'affaires pour le règlement de leurs litiges par l'arbitrage, la voie normale de résolution de ces conflits n'étant pas la justice étatique. Il est aussi possible de trouver une explication dans le particularisme de la matière : les commerçants sont encadrés par des corporations, codes de conduite privés qui permettent d'éviter des conflits. Même quand ceux-ci se déclenchent, les commerçants préfèrent souvent transiger pour préserver leurs futures relations commerciales.

Il résulte de tout cela que la Lex Mercatoria est un ordre juridique qui « doit maintenir une double cohérence sans cesse menacée, une cohérence interne pour éviter la dispersion de composantes disparates, une cohérence externe pour établir son originalité, son autonomie face aux autres ordres juridiques, notamment face aux ordres étatiques, et à l'ordre interétatiques »¹⁵⁸⁸. A présent que l'existence de ce corpus juridique est établie, celui-ci trouve-t-il à se manifester dans le domaine spécifique qu'est le transport international de marchandises par mer ?

Paragraphe 2 – La Lex Mercatoria : son rôle en matière de droit du transport international de marchandises par mer

839. La Lex Mercatoria a une réelle importance en matière de droit du commerce international car elle pallie l'incapacité des Etats à formuler des règles de fond. Celle-ci joue-t-elle un rôle aussi actif dans un domaine dans lequel les Etats ont échoué à constituer une réglementation internationale uniforme et prévisible pour les opérateurs ?

Le droit du transport international de marchandises par mer semble constituer un environnement favorable pour la Lex Mercatoria car, en ce domaine, les normes professionnelles ont été généralisées. De plus, le transport maritime de marchandises est au cœur du commerce international puisque c'est le principal moyen de transport de marchandises dans le monde car le moins onéreux, et de ce fait, il semble un domaine d'élection idéal pour la Lex Mercatoria. Ripert observait même en 1950 que « l'unification du

¹⁵⁸⁷ La Lex Mercatoria est bien une des sources du droit du commerce international.

¹⁵⁸⁸ Philippe Kahn, *Droit international économique, droit du développement, Lex Mercatoria : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques*, Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec Paris, 1982, p. 100.

droit par entente entre les parties est possible en matière maritime parce que les intéressés sont relativement peu nombreux, qu'ils sont groupés dans des syndicats et associations et qu'ils observent une certaine discipline »¹⁵⁸⁹.

840. Pourtant, il semble assez délicat de recenser les règles, qui en matière de droit du transport international de marchandises par mer, relèvent de la Lex Mercatoria. En effet, à cet égard, il faut adhérer à l'approche des Professeurs Fouchard, Gaillard et Goldman qui conçoivent la Lex Mercatoria comme une méthode de recherche de règles pertinentes et non comme une liste de règles transnationales¹⁵⁹⁰. Il apparaît pratiquement impossible de recenser tous les contrats-types, outils contractuels, usages, principes dégagés par la jurisprudence arbitrale...

Une telle diversité des sources et par là même des règles peut amener à considérer la Lex Mercatoria comme un corps vague, lacunaire, composé de règles ne présentant pas de garanties de prévisibilité. Cependant, c'est justement cette diversité et cette hétérogénéité qui sont les principales forces de cette Lex Mercatoria. C'est ce qui fait d'elle un corpus juridique adapté à la spécificité et à la diversité des relations et rapports commerciaux. D'autre part, ce manque de fixité des règles lui permet une grande réactivité en s'adaptant facilement aux besoins des commerçants, aux évolutions techniques, économiques.

841. C'est pour ces raisons, qu'au lieu de tenter de recenser les règles juridiques qui pourraient révéler une éventuelle participation des règles juridiques applicables au transport international de marchandises par mer à la Lex Mercatoria, il est plus opportun de vérifier que la Lex Mercatoria peut se développer dans cette matière, ou en tout cas trouver des conditions favorables à son développement.

Pour ce faire, il est nécessaire qu'existe une certaine communauté entre les opérateurs du transport international de marchandises par mer (A). Il est aussi possible de se demander si l'existence de Conventions internationales de droit uniforme ne peut constituer un obstacle à l'existence de manifestations de la Lex Mercatoria en ce domaine (B) ?

¹⁵⁸⁹ Georges Ripert, *Les procédés d'unification internationale du droit maritime*, Rivista del diritto della navigazione, 1950, n°4, p. 206.

¹⁵⁹⁰ Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard et Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec Paris, 1996

A - L'organisation des opérateurs du transport maritime de marchandises

842. Le transport maritime de marchandises est l'opération par laquelle « le chargeur s'engage à payer un fret déterminé et le transporteur¹⁵⁹¹ à acheminer une marchandise déterminée, d'un port à un autre »¹⁵⁹². Ces deux opérateurs sont susceptibles d'être organisés (1 et 2).

1) L'organisation des armateurs

843. En matière de transport maritime en ligne, la plupart des compagnies maritimes se sont organisées en « conférences maritimes », groupes ou consortiums. L'organisation en conférences maritimes permet de mieux organiser les lignes, de proposer aux chargeurs des services rationalisés¹⁵⁹³, d'assurer une prévisibilité des prix. Ce système a aussi permis d'imposer aux chargeurs des clauses contractuelles et de renforcer la position des armements membres de la conférence par le biais de systèmes de primes de fidélité (pour dissuader les chargeurs de s'adresser à des outsiders¹⁵⁹⁴). Cette organisation du trafic maritime est relativement ancienne. Les travaux de la Conférence de La Haye de 1921, évoquent déjà le rôle décisif joué par les conférences maritimes dans la détermination du règlement contractuel du transport maritime¹⁵⁹⁵. Ces conférences sont fondées sur un contrat stipulé entre les compagnies membres, la conférence étant en général dotée d'un organe collectif décisionnel. Ces accords privés entre armateurs de lignes régulières ont pour objet de fixer un tarif de fret commun et de réglementer le trafic sur un secteur donné. Les armements membres doivent respecter certaines règles telles que le respect d'horaires, des obligations d'escales, la mise à disposition de navires modernes. L'accord entre les armateurs à la base de la conférence est variable. Il peut s'agir simplement d'un accord de fret¹⁵⁹⁶ ou alors de façon plus structurée d'un accord de répartition du fret, soit en fonction du tonnage ou du type de marchandises à transporter.

¹⁵⁹¹ Il sera considéré ici que le terme transporteur désigne l'armateur.

¹⁵⁹² Article 15 de la loi du 18 juin 1966.

¹⁵⁹³ Déserte régulière, continue et ce même de petits ports.

¹⁵⁹⁴ Outsider : mot anglais signifiant étranger ou intrus, employé pour désigner les armements pratiquant du transport en ligne régulière et non membres de la conférence organisant le transport sur cette ligne.

¹⁵⁹⁵ Sergio M. Carbone, *La réglementation du transport et du trafic maritime dans le développement de la pratique internationale*, RCADI 1980, T 166, p. 263.

¹⁵⁹⁶ Il y a accord de fret lorsque les armateurs s'entendent sur les taux de fret proposés mais gardent toute liberté commerciale.

844. Afin d'établir un équilibre contractuel entre les différentes parties au transport, mais aussi tenir compte du clivage classique entre pays développés traditionnellement transporteurs et pays en développement traditionnellement chargeurs, les Etats ont essayé d'établir une réglementation du trafic maritime et notamment une réglementation des conférences. On peut citer à cet égard la Convention sur le code de conduite des conférences, élaborée par la CNUCED, approuvée à Genève en 1974 et entrée en vigueur le 6 octobre 1983. Elle s'occupe d'établir le mode de participation des compagnies maritimes aux conférences et de partager entre elles les trafics des conférences. La Communauté européenne est aussi intervenue dans ce domaine puisque le règlement CEE 4056/86 prévoyait une dérogation aux règles de la concurrence fixées par le Traité de Rome, à condition toutefois que celles-ci satisfassent à quatre conditions générales fixées par l'article 85-3 du Traité de Rome. Ce Règlement communautaire a été abrogé par un nouveau Règlement du Conseil en date du 25 septembre 2006 (CE 1419/2006) afin de permettre la transition vers un régime totalement concurrentiel. D'autres lois internes régissent aussi les conférences maritimes¹⁵⁹⁷. Le code de conduite sur les conférences maritimes, les législations nationales et différents accords intergouvernementaux sur la répartition des trafics maritimes, ont alourdi les formalités du trafic de ligne. C'est pour cela que l'armateur maritime a de plus en plus recours à des agents maritimes qui le représentent à l'étranger, collectent le fret et remplissent ses navires. Ces agents maritimes sont eux aussi organisés en structure internationale et usent de contrats-types.

A l'heure actuelle, les conférences maritimes sont peu à peu devenues des formules de coopération qui se sont assouplies et tendent à disparaître. Si au début des années 70, les conférences contrôlaient presque entièrement le marché du trafic de lignes (les « outsiders » se partageaient le reste), actuellement la part des cargaisons transportée par les conférences diminue au profit de compagnies maritimes ou de transporteurs indépendants qui dans certains cas contrôlent plus de la moitié du trafic.

845. De nouvelles formes de coopération sont donc apparues, les consortiums. Un consortium, c'est un accord technique entre armateurs qui se fait en principe par l'établissement d'un connaissance commun¹⁵⁹⁸. L'accord des membres porte sur l'organisation d'un service unifié qui peut aller jusqu'à la constitution d'une entité juridique affrétant directement les navires de ses membres, les résultats étant répartis en fonction des droits de chacun. La Commission européenne a publié en 1995 un règlement sur les

¹⁵⁹⁷ C'est par exemple le cas de la loi américaine : l'US Shipping Act de 1984 modifié en 1999.

¹⁵⁹⁸ Marie Douet, *Les consortiums maritimes de lignes régulières*, éd. Paradigme Caen, 1985, p. 12 et s.

consortiums. Ceux-ci doivent remplir plusieurs conditions. Ce règlement a été modifié en 2000¹⁵⁹⁹ et 2004¹⁶⁰⁰.

Ces consortiums ont eux-mêmes tendance à se transformer en « alliances stratégiques » regroupant des armateurs « globaux »¹⁶⁰¹ dans des alliances « multitrafics ».

846. Ces regroupements ou ententes montrent clairement que, dans ce cadre libéral et concurrentiel, les armateurs qui sont majoritairement des sociétés multinationales¹⁶⁰², s'organisent par autodiscipline. Les armateurs sont de plus regroupés dans des associations nationales (Armateurs de France) et communautaires (CAACE) chargées de défendre leurs intérêts.

Il apparaît que les armateurs sont organisés. Qu'en est-il des chargeurs ?

2) L'organisation des chargeurs

847. S'agissant des chargeurs, ceux-ci sont organisés au niveau institutionnel. On peut dénombrer des organisations qui les regroupent et défendent leurs intérêts¹⁶⁰³.

848. Par contre, sur le plan commercial et stratégique, ceux-ci furent pendant longtemps considérés comme la partie faible du transport maritime, comme le cocontractant qu'il fallait protéger. En effet, à la différence de l'affrètement, le transport maritime de marchandises mettait en relation des petits chargeurs avec un transporteur, celui-ci ayant tout loisir pour imposer ses conditions et tarifs.

Cet état de fait n'est plus exact à l'heure actuelle à propos des autorités décisionnelles. Les grandes entreprises industrielles fusionnent. Elles sont moins nombreuses et acquièrent une dimension mondiale. Leur pouvoir de négociation en est ainsi considérablement accru.

De plus, l'introduction des technologies de l'information et de la communication sur le marché des transports a radicalement transformé ces rapports. Un chargeur bénéficie d'une source exceptionnelle d'informations, qui met en relief l'offre de transport et lui donne les moyens d'optimiser les ressources nécessaires en matière de transport et de logistique :

¹⁵⁹⁹ Règlement communautaire CE 823/2000 du 19/04/2000.

¹⁶⁰⁰ Règlement communautaire CE 463/2004 du 12/03/2004.

¹⁶⁰¹ Armateurs « tours du monde » comme la société Taiwanaise Evergreen dont les porte-conteneurs font le tour du monde dans les deux sens en se croisant.

¹⁶⁰² A ce sujet le Professeur Bauchet constate qu'en matière de transport international maritime la « formation de holdings ou de groupes internationaux propriétaires de flottes dans divers pays est la forme la plus courante et aujourd'hui répandue de l'intégration horizontale : il ne s'agit plus de flottes multinationales, mais d'entreprises transnationales propriétaires de flottes placées sous divers pavillons. », *Le transport international dans l'économie mondiale*, Economica Paris, 1998, p. 236 et 237.

¹⁶⁰³ Conseil des chargeurs maritimes français CCMF, Association des utilisateurs de transport de fret AUTF...

Internet. L'utilisation de l'Internet permet aux chargeurs d'organiser en ligne leur transport. Ce mode d'échange des informations est d'autant plus intéressant que des auteurs émettent l'hypothèse d'un nouvel ordre juridique appelé Lex Numerica¹⁶⁰⁴ ou Lex Electronica¹⁶⁰⁵, qui serait formé par la communauté des internautes. Les possibilités de regroupement reposent sur des portails Web communs qui leurs permettent de se procurer des services de transports. Ces nouvelles technologies rendent possible une uniformisation des outils contractuels et de l'offre de transport¹⁶⁰⁶. Il faut ici évoquer la tentative du CMI de créer des règles conventionnelles sur les connaissements électroniques qui sont laissées à la volonté des parties, sans qu'aucune intervention étatique ne soit prévue pour leur efficacité. Ces publications, même si elles connaissent le succès, demeureront des « usages maritimes ». Le CMI a abordé le thème des connaissements électroniques, pour la première fois, lors de la Conférence de Rio de Janeiro en 1977. Une première version des règles a été rédigée en 1989, puis amendée en 1990¹⁶⁰⁷. Ces règles n'ont jamais eu une application universelle car le connaissement traditionnel reste la base du commerce maritime. En effet, l'utilisation de ces moyens de transactions reste assez marginale compte tenu des incertitudes juridiques qui pèsent sur les contrats conclus via le Web et sur l'emploi de documents sans support papier. Le projet de Convention de la CNUDCI pourrait à cet égard changer les choses puisqu'il tient compte des « documents électroniques concernant le transport » (chapitre 3) en proposant une définition de ceux-ci (article 1-19 et 20) et en prévoyant leur utilisation et leurs effets (article 8 et 9), et apporte ainsi une plus grande sécurité juridique en ce domaine.

849. Il apparaît à ce stade qu'il y a en matière de transport international de marchandises par mer, si ce n'est une organisation des opérateurs du transport maritime, tout du moins des solidarités professionnelles et une circulation des informations et des pratiques propices au développement de règles juridiques transnationales élaborées par la pratique.

Ces solidarités professionnelles pouvant d'ailleurs se développer entre armateurs et chargeurs d'une certaine origine ou d'un certain type de transport. A titre d'exemple, on peut citer un projet de code de conduite des conférences maritimes élaboré en 1971 par les « armateurs et

¹⁶⁰⁴ Sylvaine Poillot Peruzzetto, *Réflexion sur les méthodes de coordination/unification dans le cadre de l'évolution des ordres juridiques*, in Conférence générale des tribunaux de commerce, 19/10/2000.

¹⁶⁰⁵ Serge Parisien, *Un essai sur le mode de formation des normes dans le commerce électronique*, in colloque *Les autoroutes de l'information : enjeux et défis*, dans le cadre des Entretiens Jacques-Cartier, Lyon, 6-8 décembre 1995, article en ligne sur le site www.lex-electronica.org.

¹⁶⁰⁶ L'utilisation de documents informatiques permettrait aussi de réduire le coût des documents de transport maritime et de leur traitement qui représente, d'après le Professeur du Pontavice, jusqu'à 10 % de la valeur de la marchandise : Emmanuel du Pontavice, *Le connaissement et l'informatique*, annales IMTM 1985, Edisud Aix-en-Provence, p. 224.

¹⁶⁰⁷ A. Philip, *The work of the CMI for the unification of maritime law*, *Diritto marittimo*, 1999, p. 180.

chargeurs européens ». Ce qui fait dire à Rodière : « on note l'union armateurs et chargeurs européens. Lyautey disait qu'il se sentait plus proche d'un officier allemand que d'un ouvrier français. C'est la même chose sur un autre plan. »¹⁶⁰⁸.

Vérifions à présent si les Conventions internationales applicables en la matière constituent un obstacle au développement, voire à l'existence d'une composante de la Lex Mercatoria ayant vocation à régir des aspects juridiques des transports internationaux de marchandises par mer.

B - La coexistence des Conventions internationales et de la Lex Mercatoria

850. La Lex Mercatoria, c'est la réponse à l'inadéquation des règles substantielles traditionnelles par le biais de l'élaboration de règles matérielles propres aux relations internationales. Il s'agit, par conséquent, d'une exclusion des sources nationales et conventionnelles. Pourtant, en matière de droit du transport international de marchandises par mer, ces sources sont très importantes. L'extension de la Lex Mercatoria en ce domaine va ainsi se heurter à celles-ci (1). L'existence de Conventions internationales en la matière conduit à se demander s'il n'existe pas plutôt en la matière un ordre maritime juridique général qui reprendrait des éléments de la Lex Mercatoria (2) ?

1) L'existence d'une Lex Mercatoria en matière de droit du transport maritime

851. La Lex Mercatoria ne peut se développer que si les opérateurs du transport maritime ont la libre disposition de leurs droits. Or, le transport international de marchandises par mer est aujourd'hui régi par des instruments conventionnels et par la loi du 18 juin 1966¹⁶⁰⁹. Le régime du contrat de transport étant donc plutôt orienté vers la protection du chargeur, il ne laisse qu'un rôle réduit à la liberté contractuelle.

La Lex Mercatoria s'efface devant une loi étatique qui serait compétente selon le jeu des règles de conflit, et de ce fait elle s'efface devant une Convention internationale intégrée ou ratifiée par cet Etat. La Lex Mercatoria ne pourra alors s'appliquer que face à des dispositions supplétives.

Ce n'est qu'en cas de silence du droit étatique, et pour un litige ayant un caractère transnational, que la Lex Mercatoria peut être mise en œuvre. Par exemple, l'obligation de

¹⁶⁰⁸ René Rodière, *Les tendances contemporaines du droit privé maritime international*, RC ADI 1972, T 135, p. 397.

¹⁶⁰⁹ Laquelle est alignée sur la Convention de Bruxelles de 1924.

minimiser les dommages, connue dans la Lex Mercatoria¹⁶¹⁰ (et prévue par les systèmes de common law) même si elle n'est pas formalisée dans le droit français, trouverait à s'appliquer à un contrat soumis à la loi française.

En revanche, la Lex Mercatoria s'efface devant une loi de police du for, sauf si le litige est soumis à l'arbitrage international puisque l'arbitre international n'a pas de for. Il a toutefois été expliqué que dans un tel cas, les arbitres seront sensibles aux lois de police de l'Etat où ils siègent ou à celles de l'Etat où leur sentence est susceptible d'être exécutée.

La Lex Mercatoria s'efface devant une Convention internationale puisque cette réglementation « interétatique » est d'ordre public transnational. Il semble de surcroît très improbable que des dispositions de la Lex Mercatoria contredisent une Convention internationale.

852. Il apparaît dès lors que la Lex Mercatoria a besoin pour son développement d'un domaine dans lequel il y a peu de dispositions impératives, ou en tout cas d'un domaine dans lequel la liberté contractuelle a une place importante.

Les Conventions internationales applicables ont vocation à régir le transport international de marchandises par mer. Il semble qu'en présence de ce corpus juridique matériel, il n'y ait guère de place pour des règles élaborées par les opérateurs puisque ceux-ci sont soumis à ces Conventions internationales, hormis l'hypothèse selon laquelle le litige est soumis à l'arbitrage. Mais là encore, il a déjà été exposé que les arbitres optaient souvent pour des règles issues des Conventions internationales, celles-ci ayant le mérite de bénéficier d'une large aura.

Il semble alors difficile qu'il y ait en cette matière un corps de règles structurées, élaboré par la pratique des opérateurs.

Il existe pourtant une théorie doctrinale récente qui envisage l'existence d'un « ordre juridique maritime général »¹⁶¹¹.

2) L'existence d'un ordre juridique maritime général

853. Cette conception doctrinale reprend certains éléments caractérisant la Lex Mercatoria, mais elle propose aussi des nouveautés importantes. Selon cette théorie, le droit maritime ne

¹⁶¹⁰ Lord Mustill, *The new Lex Mercatoria in the first twenty-five years*, in *Liber amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford 1987, note 3, p. 177, point 15.

¹⁶¹¹ E. O. Querci, *Introduzione alla scienza giuridica marittima*, Trieste, 1999, cité par Massimiliano Rimaboschi, *Méthodes d'unification du droit maritime, contribution à l'interprétation uniforme*, op. cit. , p. 275 et s.

serait pas seulement constitué par un groupe de règles abstraites, mais serait l'expression d'un ordre juridique fondé sur les relations sociales d'une communauté institutionnelle, telle qu'organisée selon le paramètre de juridicité commandé par cet ordre juridique¹⁶¹². Il s'agirait d'un ordre juridique concernant une communauté sociale spécifique, les « communautés maritimes et portuaires ». Cette théorie reprend les acquis modernes de la théorie de la pluralité des ordres juridiques. Elle considère l'ordre juridique comme ouvert par rapport aux sources provenant d'autres systèmes de droit, mais envisage aussi cet ordre juridique comme un ordre général. C'est ce caractère général qui est novateur, « l'ordre juridique maritime serait général dans le sens qu'il se sert aussi des normes d'autres ordres juridiques, les transformant en normes de droit maritime par son propre système de qualification »¹⁶¹³. Ce système est fondé sur une « norme base » ou « grundnorm »¹⁶¹⁴ qui consiste dans le postulat de la nécessité de favoriser le commerce maritime international. Ce postulat fondamental pose le critère de qualification de toutes les normes du système. La normativité n'est plus qu'un aspect de l'ordre juridique¹⁶¹⁵. Cette théorie est très intéressante puisque le caractère général de cet ordre juridique permet de ne plus seulement tenir compte de la réalité des choses au niveau de la création du droit mais aussi de son application. Cet ordre est complet puisque toute norme nécessaire pour régler la vie du droit maritime acquiert, par la « norme base », la qualification de droit maritime et donc la juridicité au sein de cet ordre juridique. Cette concrétisation de la norme par sa juridicité donnée par rapport au paramètre de la « grundnorm », constitue un facteur d'uniformité du droit maritime. Celui-ci tient aussi compte de la pratique¹⁶¹⁶ puisque la jurisprudence arbitrale ou étatique font aussi partie de cet ordre juridique lorsque le juge ou l'arbitre en appliquent les normes. Il en découle que les règles matérielles que contient cet ordre juridique maritime général, de part leur caractère spécifique, doivent être mises en œuvre directement. En effet, tout le droit maritime appartiendrait au même ordre. Il n'y aurait alors plus lieu de passer par le système des règles de conflit.

¹⁶¹² E. O. Querci, *Analisi del diritto marittimo*, Trieste, 1999, p. 31 et 32, cité par Massimiliano Rimaboschi, *ibid.* p. 278.

¹⁶¹³ Massimiliano Rimaboschi, *ibid.*, p. 280.

¹⁶¹⁴ Ce concept est emprunté à Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz Paris, 1962, p. 13, 31, 76 et 257, et a déjà été évoqué.

¹⁶¹⁵ Il s'agit d'une application de la théorie de la juridicité de Santi Romano selon laquelle la normativité n'est que l'un des aspects de l'ordre juridique. Santi Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz Paris, 1975, 174 p.

¹⁶¹⁶ Le Professeur Querci parle à ce sujet de « l'expérience juridique maritime » ou de « cycle de la vie du droit maritime », le cycle devant être considéré en tant qu'expression de la pratique maritime internationale. O. Querci, *op. cit.*, p. 64 et s.

854. Cette construction doctrinale, pour séduisante qu'elle soit, n'en reste pas moins qu'une construction abstraite. En effet, au stade actuel du droit positif, les praticiens du droit sont guidés par le positivisme légaliste : ils ont recours à la méthode conflictuelle et hiérarchisent les sources du droit maritime en faisant primer les conventions internationales. Il est possible, en outre, de douter de l'existence de cette « communauté sociale spécifique ». Enfin, une telle théorie, si elle devait se développer, pourrait être étendue aux autres domaines du droit. Elle aurait des conséquences infinies sur la discipline. Cette théorie de la pluralité d'ordres juridiques ouverts et généraux composée d'éléments disparates, de nature différente, déterminés par une norme fondamentale posée comme un postulat, n'apparaît pas comme permettant d'assurer une quelconque uniformité ou prévisibilité de la règle de droit applicable. Il en résulte que cette théorie ne trouve pas d'application en pratique.

Face à l'impossibilité pour la Lex Mercatoria de s'étendre au droit du transport international de marchandises par mer du fait de la présence d'un corpus conventionnel impératif, il est nécessaire de se demander si les usages, une des composantes de la Lex Mercatoria, ne sont pas la manifestation d'un droit spontané existant en la matière ?

Section II – De l'utilisation des usages

855. L'usage est une « règle coutumière spéciale à une région ou à une profession que les particuliers suivent habituellement dans leurs actes juridiques sans s'y référer expressément »¹⁶¹⁷. La coutume étant elle une « règle qui n'est pas édictée en forme de commandement par les pouvoirs publics, mais qui est issue d'un usage général et prolongé et de la croyance en l'existence d'une sanction à l'observation de cet usage »¹⁶¹⁸. Ces deux notions sont distinctes. De façon classique, l'usage se forme par le biais d'une pratique contractuelle qui va s'étendre. La clause expresse au départ va devenir de style, puis tellement habituelle qu'elle sera sous-entendue et censée être connue de tous. A ce stade, l'usage s'impose comme une règle d'habitude. C'est lorsqu'il est consacré par le juge et les arbitres qu'il devient une règle coutumière¹⁶¹⁹. L'usage du commerce apparaît comme un concept lié à la convention des parties dont il est un instrument d'interprétation ou de suppléance alors que la coutume serait une règle de droit¹⁶²⁰. Monsieur Ricodeau montre très bien la différence entre l'usage et la coutume, notamment au niveau de l'origine. « L'origine savante ou populaire de la coutume, faite d'enracinement dans le temps et les mœurs, la rend générale et impersonnelle ; l'origine conventionnelle de l'usage plutôt tissée de réponse à un besoin économique et simplificateur, le rend partiel dans son domaine d'application, et relatif à une catégorie de personnes »¹⁶²¹. Il apparaît cependant que certains usages sont devenus suffisamment généraux pour, tout en gardant leur origine conventionnelle, être devenus obligatoires¹⁶²².

856. Le terme usage sera utilisé mais ces développements mentionneront aussi la coutume en ce qu'elle est issue de la même origine : les opérateurs du commerce international. En outre, l'usage et la coutume sont toutes deux sources du droit¹⁶²³. Comme le souligne Carbonnier : « la coutume paraît venir, non d'en haut, mais d'en bas, non des gouvernants, mais de la masse »¹⁶²⁴.

¹⁶¹⁷ *Lexique des termes juridiques*, sous la direction de Raymond Guillien et Jean Vincent, op. cit.

¹⁶¹⁸ *ibid.*

¹⁶¹⁹ Jean-Bernard Blaise, *Droit des affaires*, LGDJ Paris manuel 3^{ème} éd. 2002, n° 49.

¹⁶²⁰ Antoine Kassis, *Théorie générale des usages du commerce*, LGDJ Paris, 1984.

¹⁶²¹ Bernard Ricodeau, *La distinction des usages et des pratiques en droit économique français*, Thèse pour le doctorat en droit privé, Université d'Orléans 1983, p. 39.

¹⁶²² C'est le cas des usages professionnels.

¹⁶²³ Philippe Jestaz dans son ouvrage sur les sources du droit emploie les termes usage et coutume indifféremment car pour lui « toutes les tentatives en vue d'établir qu'il y aurait là deux notions distinctes ont sombré dans d'inutiles subtilités ». Il considère que ce sont des sources du droit. Philippe Jestaz, *Les sources du droit*, collect. *Connaissance du droit*, Dalloz Paris, 2005, p. 98.

¹⁶²⁴ Jean Carbonnier, *Droit civil*, T1 introduction, PUF Paris, 14^{ème} éd., 1980, p. 33.

857. En droit interne, on distingue classiquement l'usage conventionnel¹⁶²⁵ et l'usage de droit¹⁶²⁶.

L'usage conventionnel, ne semble pas être impératif puisque les parties peuvent y déroger à condition de l'écarter par une clause expresse du contrat. Selon une acceptation restrictive, le rôle des usages est supplétif. Ils permettent seulement d'interpréter la volonté des parties. En droit international, cette opinion semble confirmée par l'article 9¹⁶²⁷ de la Convention de Vienne sur les ventes internationales de marchandises du 11 avril 1980¹⁶²⁸.

Confronté à une loi, l'usage conventionnel s'efface car il a une autorité inférieure. En revanche, il prime une loi supplétive de volonté.

S'agissant de l'usage de droit, il a la même valeur qu'une loi impérative. Comme il a en général un domaine d'application plus réduit que celui de la loi, on le fera primer en application de l'adage « *specialia generalibus derogant* »¹⁶²⁹. Pourtant l'usage qu'il soit conventionnel ou de droit s'efface devant la volonté contraire des parties. S'agissant de l'usage conventionnel, c'est logique car il tire sa force de la volonté présumée des parties et peut donc être écarté par celles-ci. Pour l'usage de droit, il est obligatoire mais comme le précise le Professeur Blaise « obligatoire ne signifie pas impératif et il est douteux qu'il existe des usages impératifs. Les parties peuvent toujours déroger à l'usage, à condition de l'écarter par une clause expresse de leur contrat »¹⁶³⁰. En outre, l'usage qu'il soit conventionnel ou de

¹⁶²⁵ L'usage conventionnel (ou de fait) tire sa force de la volonté présumée des parties à un contrat. Dans le silence du contrat les parties sont censées avoir accepté l'usage. Celui-ci est obligatoire car dans le silence de la convention, le juge devra l'appliquer, sauf à prouver qu'on ignorait l'usage. On trouve une définition de l'usage dans l'Uniform Commercial Code américain qui, à son article 1.205 décrit l'usage des parties comme « une série d'agissements antérieurs entre les parties à une transaction qui peuvent être raisonnablement considérés comme établissant entre elles une base commune d'interprétation de leurs expressions et de leurs actes ». Cet usage est ainsi restreint aux parties. Il n'apparaît pas, de ce fait, apte à une généralisation, même s'il est en général à la source de l'usage de droit.

¹⁶²⁶ L'usage de droit, lui, tire sa force du fait que les professionnels de la branche sont convaincus de son autorité. Ici ce n'est plus une clause sous-entendue, mais une règle objective. L'Uniform Commercial Code américain donne là encore une définition de cet usage qui correspond à « une pratique ou une habitude observée si régulièrement dans un lieu, une profession ou une branche du commerce que l'on peut s'attendre à ce qu'elle soit observée dans la transaction en question... ». Si leur formation rappelle l'usage conventionnel, en revanche s'agissant de l'usage de droit le juge va avoir un rôle actif. « Il donne au comportement suivi une valeur propre en le détachant, à un moment donné, de la volonté des parties. L'usage devient alors une norme objective, une règle de droit par elle-même ». Jacques Mestre et Marie-Eve Pancrazi, *Droit commercial*, LGDJ Paris, 26^{ème} éd., 2003, n° 20, p. 12.

¹⁶²⁷ L'article 9 de la Convention de Vienne prévoit que, « sauf convention contraire des parties celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée ».

¹⁶²⁸ Elaborée dans le cadre de la CNUDCI et en vigueur depuis le 1^{er} août 1988.

¹⁶²⁹ A. Jeammaud, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse pour le doctorat en droit, Lyon, éd. De l'A.G.E.L., 1975.

¹⁶³⁰ Jean-Bernard Blaise, *Droit des affaires*, LGDJ Paris, 3^{ème} éd., n°50, p. 33.

droit, n'a d'autorité que dans certaines limites tenant à la profession des cocontractants ou au lieu.

858. Il semble pourtant qu'il existe des « usages généraux » qui correspondraient aux « pratiques habituellement suivies dans une branche d'activité déterminée »¹⁶³¹. Ces usages sont des usages d'une profession, d'une place, d'une branche d'activité. Ils ne sont pas limités au cercle de deux cocontractants. Ces usages ont de ce fait une vocation à la généralisation même si la réserve de la volonté contraire des parties constitue un sérieux obstacle, à sinon une éventuelle généralisation de l'usage, tout du moins à une quelconque efficacité de cet usage. Il est possible d'objecter à cela, que l'usage s'exprime par la seule force de son existence et que son exclusion ponctuelle se justifie par l'application du principe de l'autonomie de la volonté. Ce principe favorise d'ailleurs le développement de l'usage car celui-ci existe surtout dans les domaines où les parties ont la libre disposition de leurs droits.

859. A côté de ces deux types d'usage, il est possible de trouver des usages codifiés. C'est le cas dans certains domaines du commerce international où les usages ont fait l'objet d'édition ou de codification afin de permettre une bonne diffusion, de promouvoir de nouvelles règles ou figures contractuelles. Cette codification peut être relative à un contrat¹⁶³², prendre en considération un type de produit¹⁶³³ et aboutir à un contrat-type ou à des conditions générales de vente. L'avantage de cette codification par des organismes privés¹⁶³⁴ est qu'elle assure une plus grande certitude de ces usages et qu'elle permet une grande souplesse et une adaptabilité de ceux-ci aux besoins des opérateurs du commerce international¹⁶³⁵.

Ces règles codifiées ne sont cependant pas toutes des usages. Seules sont des usages celles dont la référence expresse n'est pas une condition de leur application. A propos d'une nouvelle règle inventée et codifiée par un organisme professionnel, celle-ci ne présentant pas le caractère d'un usage, il faudra que les parties y fassent spécialement référence dans leur contrat. Cette règle n'a qu'une valeur contractuelle. Par contre, si les références contractuelles à cette règle se multiplient, on sera face à un véritable usage.

860. De façon synthétique, il est possible de reprendre la définition donnée par le Professeur Goldman de l'usage : « les comportements des opérateurs dans les relations

¹⁶³¹ Emmanuel Gaillard, *La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international*, op. cit. p. 203 et s.

¹⁶³² Par exemple la vente internationale, le transport de marchandises.

¹⁶³³ Par exemple les céréales.

¹⁶³⁴ La plus célèbre est celle de la Chambre de commerce international.

¹⁶³⁵ Se trouve ainsi révolue l'image du droit coutumier donnée par François Ost et Michel Van de Kerchove, selon la classification de Friedman, droit coutumier qui serait pour eux un système ouvert (qui accepte les prémices de raisonnements non juridiques) « mais refuse le changement ». François Ost et Michel Van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit. p. 219.

économiques internationales qui ont acquis progressivement par leur généralisation dans le temps et l'espace, que peut renforcer leur constatation dans la jurisprudence arbitrale, ou éventuellement étatique, la force de véritables prescriptions qui s'appliquent sans que les intéressés aient à s'y référer dès lors qu'ils n'y ont pas expressément ou clairement dérogé »¹⁶³⁶.

Différents usages existent en matière de transport international de marchandises par mer (paragraphe 1). Ceux-ci peuvent-ils, par le biais de leur utilisation, permettre aux opérateurs d'uniformiser le droit applicable à leurs rapports (paragraphe 2) ?

Paragraphe 1 – L'important apport pratique des usages en matière de transport international de marchandises par mer

861. Essayons d'abord de voir si le droit du transport de marchandises par mer et de façon plus large le droit maritime dont il est une composante, est propice au développement des usages (A) avant de les identifier (B).

A - Le droit du transport international de marchandises par mer : un cadre favorable pour les usages

862. Le transport international de marchandises par mer fait partie du commerce international (il permet l'échange de marchandises). Cette matière et le droit la régissant est propice au développement des usages (1). Il faut d'ailleurs souligner que des usages se sont développés très tôt en matière de droit maritime (2).

1) Le droit du commerce international, un domaine propice au développement des usages

863. A priori cette matière semble être propice à l'existence d'usages, les relations commerciales internationales étant la terre d'élection des usages¹⁶³⁷ : d'une part, parce qu'elles sont peu enserrées dans le cadre étatique ou alors indirectement par le biais des conventions internationales ; d'autre part, parce que c'est en ce domaine que la pratique développe progressivement des comportements ou des clauses-types dont l'usage s'établit par

¹⁶³⁶ Berthold Goldman, note sous l'arrêt *Valenciana*, Cass. Civ. I 22/10/1991, JDI 1992, p. 184.

¹⁶³⁷ Bruno Oppetit, *Sur la coutume en droit privé*, in *la coutume*, vol. 3 de la Revue française de théorie juridique 1986, p. 49.

leur répétition et leur affirmation dans les sentences arbitrales. La place particulière des usages en droit du transport international de marchandises par mer s'explique aussi par le fait que celui-ci est influencé par le droit anglais¹⁶³⁸, droit qui est sensible à la puissance de la tradition et qui fut pendant longtemps son principal inspirateur.

Il est de même frappant que beaucoup de Conventions internationales se réfèrent aux usages. Ainsi, la Convention européenne sur l'arbitrage international (Genève, 21 avril 1961) indique dans son article 7 que « les arbitres tiendront compte des stipulations du contrat et des usages du commerce ». De même la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international indique dans son article 28-4 que « dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction ». S'agissant des tribunaux étatiques, il semble que le rôle dévolu à l'usage soit plus aléatoire puisque l'interprétation de l'usage conventionnel relève de la souveraine appréciation des juges du fond et que la Cour de cassation refuse d'en connaître et d'en contrôler l'application¹⁶³⁹. Par contre, au sujet de l'usage de droit, la Cour de cassation en contrôle l'application et considère que la violation de l'usage de droit est un cas de violation de la loi¹⁶⁴⁰. En matière de droit international, la Cour de cassation et de façon plus générale la jurisprudence française, se sont orientées vers la reconnaissance de la juridicité des usages. Elles ont considéré, unissant dans une même catégorie les usages du commerce international et les principes généraux des obligations généralement applicables dans le commerce international, qu'un tribunal qui s'était prononcé sur de telles bases avait statué en droit et non en équité¹⁶⁴¹.

Les usages sont aussi très présents en matière de droit maritime.

2) Le droit maritime, une présence historique d'usages

864. En matière maritime, les usages ont toujours eu une place importante. Les éléments du droit maritime moderne sont issus de recueils d'usages du Moyen Age. Il apparaît que la plupart des Conventions maritimes n'ont rien fait d'autre que codifier le droit maritime qui existait déjà sous la forme d'usages et de coutumes. Les usages ayant trouvé une place dans les textes uniformes apparaissent comme une véritable source formelle de ce droit.

¹⁶³⁸ On a pu voir que la Convention de Bruxelles de 1924 était d'inspiration anglo-saxonne.

¹⁶³⁹ Cass. Com. 14/01/1975, Bull. IV, n° 10.

¹⁶⁴⁰ Cass. Com. 14/10/1981, D 1982, 301, note Vasseur.

¹⁶⁴¹ Cass. Civ. I 09/12/1981, Clunet 1982, note Oppetit, 931.

865. Deux recueils ont exercé une influence considérable en France mais aussi dans toute l'Europe. Il s'agit des Rôles d'Oléron et du Consulat de la Mer. Ces textes, qui ont été évoqués de façon détaillée en introduction, ont eu une importance considérable.

En ce qui concerne d'abord les Rôles d'Oléron, autant leur date que leurs rédacteurs restent encore incertains, il est pourtant acquis que ces Rôles (grâce notamment à des reprises ou en tout cas à des analogies avec le droit romain antique et le droit de l'empire byzantin¹⁶⁴²) qui concernent le transport maritime de marchandises¹⁶⁴³, ont connu un succès et une audience européenne. Ces Rôles ont ainsi « essaimé sur toute la façade atlantique »¹⁶⁴⁴.

S'agissant du Consulat de la Mer, c'est un recueil d'usages suivis en Méditerranée occidentale dont l'origine précise et la date sont là encore incertaines. Ces usages couvrent tout le droit maritime de l'époque et ils rayonnèrent sur la Méditerranée pendant trois ou quatre siècles. Puis « à partir du dix-huitième siècle, les recueils d'usage et les statuts vont être éliminés par les lois d'Etat destinées à créer l'unité de droit dans le royaume et par contrecoup à la détruire dans le monde »¹⁶⁴⁵.

Malgré cela, on a pu parler pendant cette période où s'appliquaient ces usages d'une commune soumission aux mêmes règles, d'une *Lex Mercatoria*, dans le sens de règles de droit secrétées par tous et acceptées par la pratique, qu'en est-il à l'heure actuelle ?

B - L'importance des usages en matière de transport international de marchandises par mer

866. Le droit maritime moderne est fortement inspiré des solutions anciennes. Les conventions internationales adoptées en la matière ont repris un certain nombre d'usages anciens. Si l'incorporation des usages dans les conventions internationales ne supprime pas leur juridicité en tant que tels¹⁶⁴⁶, ces usages deviennent par leur incorporation des dispositions conventionnelles et n'intéressent pas, de ce fait, ces développements.

Il existe toujours en droit des transports maritimes des usages. La Cour de cassation a même déclaré qu'en matière maritime, les usages locaux possèdent une force obligatoire propre qu'ils tirent de la valeur même qui s'attache à la coutume et non de la volonté implicite des parties¹⁶⁴⁷. Elle admet aussi, dans une décision fondamentale du commerce international,

¹⁶⁴² René Rodière, *Traité général de droit maritime, introduction et armement*, op. cit. , n° 14, p. 21.

¹⁶⁴³ Il semble que ces Rôles concernaient en fait le transport de vins assuré par des navires de l'île d'Oléron.

¹⁶⁴⁴ René Rodière, *ibid.*

¹⁶⁴⁵ Georges Ripert, *Droit maritime*, tome 1, Dalloz Paris, 1939, n°90.

¹⁶⁴⁶ Roy Goode, *Usage and its reception in transnational commercial law*, *International Comparative Law Quarterly*, 1997, vol. 46, p. 25.

¹⁶⁴⁷ Cass. Com. 03/07/1952, DMF 1952, 593.

qu'une règle édictée pour les contrats internes peut être écartée pour un « contrat international passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime »¹⁶⁴⁸. Il semble ainsi que la Cour de cassation considère les usages maritimes comme étant une garantie de conformité à ces besoins, voire une présomption de leur existence objective. Ceux-ci puisant leur force, d'après le Professeur Rémond-Gouilloud, « non dans des volontés contractuelles individuelles, mais dans la conviction collective de la communauté maritime qu'il faut les respecter ».

867. Leur efficacité en France semble assez réduite puisque d'après Rodière « il est rare qu'à défaut d'une référence aux usages de tel port ou à certains usages internationaux, la jurisprudence reconnaisse la force de l'usage. Pourtant, il y en a des exemples : les délais sur le chargement ou le déchargement des navires, quand ils ne sont pas déterminés par le contrat, sont réglés par l'usage des ports »¹⁶⁴⁹.

868. Il apparaît ainsi que le droit maritime distingue les usages de place (1) et les usages généraux (2).

1) Les usages de place : les Liners Terms

869. Les usages de place sont liés à la pratique d'un port ou d'une place maritime (par exemple, la circulation des navires, jours où les dockers chargent ou déchargent les navires...). C'est le cas des Liner Terms, qui sont des contrats de transport codifiant une répartition de la responsabilité et des frais entre le vendeur et l'acheteur¹⁶⁵⁰ et sont en vigueur dans les principales lignes maritimes.

Avant l'ère industrielle, les navires faisaient des transports à la commande, chaque contrat façonnait l'itinéraire. Il s'agissait du « tramping ». A présent, l'industrialisation du monde a transformé les conditions de l'exploitation maritime, sauf pour le pétrole et quelques cargaisons sèches¹⁶⁵¹. Les lignes régulières couvrent aujourd'hui presque toutes les relations qui correspondent à des courants de trafics stables¹⁶⁵². Ces Liner Terms sont importants car ils définissent les limites du contrat de transport maritime. Ils constituent la frontière juridique de responsabilité et précisent comment s'entend la prestation juridique fournie par l'armateur.

¹⁶⁴⁸ Cass. Com. 02/05/1966, Galakis, D. 1966, 575, note J. Robert. JDI. 1966, p. 648, note P. Level.

¹⁶⁴⁹ René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, op. cit. , n°18, p. 18.

¹⁶⁵⁰ Catherine Batteux, *Dunkerque adopte les recettes d'Anvers*, M.O.C.I. , 13/03/1997, p. 71.

¹⁶⁵¹ Grains, charbons et minerais ou transports particuliers comme celui de matières nucléaires.

¹⁶⁵² René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, op. cit. , n° 7 p. 10. Il est d'ailleurs possible que ceux-ci se développent avec l'apparition des autoroutes de la mer qui sont des liaisons maritimes à hautes fréquences destinées à décharger le transport routier (en France la première a été inaugurée entre Toulon et Rome le 08 avril 2005).

Dès lors, il est important pour le chargeur d'en prendre connaissance car la cotation de fret maritime fournie variera en fonction du Liners Terms¹⁶⁵³. Le prix du fret pourra alors s'élever de 1 à 100.

Lorsque le transporteur effectue une prestation simultanée pour une grande quantité de chargeurs, il définit en général le Liner Terms en tenant compte des usages de chaque port. Le Liner Terms peut aussi être imposé par une ligne régulière ou une conférence entre ports d'embarquement ou de débarquement.

Ces Liner Terms sont assez complexes car ils diffèrent en fonction des routes commerciales, du port d'embarquement ou de débarquement, de la structure d'exploitation de la ligne régulière. La plupart du transport en ligne régulière fait l'objet de conférences qui sont des accords privés entre armateurs de lignes régulières ayant pour objectif de fixer un tarif de fret commun et de réglementer le trafic sur un secteur donné. Il peut y avoir aussi des compagnies indépendantes et des organisations de consortiums. Ce point a été traité précédemment. Ces Liner Terms varient aussi en fonction des conditions du marché des frets et peuvent dans certains pays être fixés par voie réglementaire. Dans ce cas-là, ce ne seront évidemment plus des usages.

Il en ressort que ces Liner Terms sont pratiquement individualisés en fonction du port, de la destination, des armements, du conditionnement des marchandises et peuvent même varier pour un même port en fonction des lignes maritimes. Ils sont, de plus, soumis à des changements fréquents en fonction de l'évolution du marché sur une période donnée. De surcroît, pour un même Liner Terms, il peut exister plusieurs interprétations. C'est le cas du Liner Terms « bord » qui indique, en principe, que ne sont comprises dans les prestations maritimes et donc à la charge du transporteur, que les opérations de saisissage et d'arrimage. Pourtant ce Liner Terms fait l'objet d'interprétations « bord arrimé » ou « bord non arrimé ». Dans le dernier cas, l'arrimage n'est pas compris dans la prestation maritime. Ces problèmes d'interprétation augmentent encore la complexité.

870. Il apparaît ainsi que la très grande diversité et le manque de prévisibilité de ces usages de place ne semblent pas leur permettre d'apporter une plus grande uniformité des règles juridiques applicables en matière de transport maritime de marchandises.

Il ne sera fait état ici que des usages ayant une certaine étendue géographique, usages généraux selon la typologie adoptée. Les usages de place, du fait de leur localisation

¹⁶⁵³ Le Liners Terms est différent d'un port à l'autre et d'une destination à une autre.

géographique, ne pourraient participer que très faiblement à une éventuelle uniformisation du droit, même si ceux-ci peuvent avoir une réelle importance en pratique.

2) Les usages généraux

871. Les usages généraux sont reçus par l'ensemble de la communauté maritime. Cela peut être des usages spécifiques à la branche maritime comme c'est le cas en matière d'affrètement des usages servant à régler les difficultés non prévues par les chartes-parties (ainsi pour le calcul des surestaries¹⁶⁵⁴, l'usage indique « une fois en surestaries, toujours en surestaries »). Cela peut aussi être des usages du commerce international.

872. Les usages du commerce international ont plusieurs sources. Si on reprend la classification proposée par Monsieur Ellickson, ils seraient issus des pratiques contractuelles, codifications professionnelles, sentences arbitrales ainsi que de l'éthique personnelle et des règles d'étiquette d'un milieu donné¹⁶⁵⁵. On voit ainsi que les usages forment un ensemble assez hétérogène. La répression de leur non-respect peut d'ailleurs aller de la sanction juridique jusqu'à l'exclusion d'un milieu d'affaire¹⁶⁵⁶. De plus, ces usages possèdent un caractère flexible et évolutif, caractère induit de la nécessité d'adaptation aux exigences du commerce international.

Il en résulte que les usages internationaux peuvent être source d'incertitude. Dès lors, certains usages, du fait de leur globalité et de leur généralité, sont appelés à évoluer vers un second niveau de développement : celui de leur institutionnalisation.

873. Par institutionnalisation, on entend la reprise d'usages, par des organismes internationaux, pour les codifier et ainsi en permettre une diffusion encore plus large et une certitude sur leur contenu qui permet d'en faciliter la preuve. Les exemples les plus significatifs d'usages codifiés sont « les Règles et usances de la CCI¹⁶⁵⁷ relatives aux crédits documentaires » et les Incoterms. Le terme Incoterms est une contraction d'International Commercial Terms (termes commerciaux internationaux).

Les Incoterms sont souvent cités par les opérateurs du transport maritime de marchandises. Leur importance en la matière devra cependant être vérifiée (a). Ensuite, il sera fait état d'un

¹⁶⁵⁴ Le mot surestaries désigne le temps pendant lequel un navire a été retenu pour le chargement ou le déchargement (au delà des jours de planche) et par extension la somme qui est payée par l'affréteur en compensation du temps supplémentaire pendant lequel il immobilise le navire.

¹⁶⁵⁵ Robert C. Ellickson, *Order without law*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991, p. 132 et s.

¹⁶⁵⁶ L'exclusion d'un milieu d'affaire, sanction applicable à une entreprise n'ayant pas respecté les règles en vigueur dans son milieu, peut être regardée à bien des titres comme plus grave encore qu'une condamnation judiciaire.

¹⁶⁵⁷ Chambre de Commerce Internationale.

autre usage en matière de droit du transport international de marchandises par mer : celui d'insérer des clauses attributives de juridiction (b).

a) Les Incoterms

874. Les Incoterms proposent aux commerçants internationaux une série de règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux les plus utilisés dans le commerce extérieur. Ils permettent d'éviter les incompréhensions ou mauvaises interprétations qui créent des litiges. Les Incoterms n'ont pas force de loi internationale. Ils constituent seulement un outil mis à la disposition des commerçants internationaux qui peuvent s'en servir pour libeller leurs contrats internationaux¹⁶⁵⁸.

Ces instruments sont rédigés par la Chambre de commerce internationale (ICC ou CCI en français)¹⁶⁵⁹, organisation internationale non-gouvernementale. Ils sont relativement anciens puisque c'est en 1936 que la Chambre de commerce internationale publie pour la première fois des « règles internationales pour l'interprétation des termes commerciaux ». Divers ajouts et modifications rendirent nécessaires la rédaction d'une nouvelle publication connue sous le nom d'« Incoterm 1953 ». Ces codifications d'usages font l'objet d'éditions successives afin de tenir compte de l'évolution des besoins de la pratique et de promouvoir de nouvelles « règles » ou de nouvelles figures contractuelles. La codification permet ainsi d'établir l'usage et de le transcrire dans un instrument écrit, mais elle permet aussi, avec le développement progressif¹⁶⁶⁰, d'apporter des solutions nouvelles à des problèmes juridiques récemment apparus, ou enfin de réduire les insuffisances des règles en vigueur. D'une façon intermédiaire, les travaux de codification peuvent aussi cristalliser des usages encore inachevés. Dans ce cas, le processus relève à la fois de la codification et du développement progressif.

L'existence même de cette codification montre l'importance de ces usages dans la pratique, leur vitalité et le besoin des opérateurs de bénéficier d'une plus grande certitude.

875. Il est cependant possible de se demander si des usages codifiés peuvent demeurer des usages ?

¹⁶⁵⁸ M.O.C.I. juin 2000, p. 9 et s.

¹⁶⁵⁹ C'est la Commission des pratiques commerciales internationales qui supervise les études et les mises à jour des Incoterms.

¹⁶⁶⁰ Formule de Serge Sur in *La coutume internationale*, extrait du Jurisclasseur droit international, Litec Paris, 1990, n° 44, p. 16 et 17.

Si l'on s'en réfère à la définition classique de l'usage (« pratique professionnelle ancienne et constante, qui, dans l'esprit de ceux qui l'observent, correspond à une obligation »¹⁶⁶¹), il va falloir distinguer deux cas de figure distincts. Soit il s'agit de la codification d'un usage déjà largement observé, dans ce cas c'est bien un usage qui est constaté dans le document établi par l'organisme professionnel¹⁶⁶²; soit il s'agit d'un instrument créé par l'organisme codificateur au regard de l'observation des besoins de la pratique, dans cette hypothèse il s'agira d'une nouvelle solution qui deviendra un usage que si de nombreuses applications en sont faites¹⁶⁶³.

La coutume et l'usage ont un processus de formation identique : il est nécessaire qu'il y ait une répétition dans le temps. Comme l'indique Carbonnier, « il n'est certes pas besoin que la coutume soit immémoriale, que son origine se perde dans la nuit des temps. Tout de même, une pratique récente ne pourrait prétendre au titre de coutume »¹⁶⁶⁴.

876. Néanmoins, un tel mode de formation paraît incompatible avec les impératifs de rapidité et de réactivité que doivent intégrer les règles et outils juridiques en matière de commerce international. C'est pourquoi, en matière de droit du commerce international, et notamment en droit du transport international de marchandises par mer, il n'est pas dépourvu d'intérêt d'envisager la création de l'usage en transposant la théorie de la « coutume sauvage » développée par Monsieur Dupuy.

Pour cet auteur, il faut « renoncer à une vision fixiste qui accorde aux deux éléments de la coutume qui sont l'histoire et la conviction collective, des poids identiques, ces deux facteurs s'engendrant mutuellement. En réalité, les éléments factuels et consensuels de formation de la coutume affectent des valeurs respectives différents selon le milieu, le moment, les intérêts en cause »¹⁶⁶⁵. Cette « coutume sauvage » se distinguerait de la coutume traditionnelle car dans cette première la conviction du caractère obligatoire d'un usage précéderait la réalisation répétitive de cet usage¹⁶⁶⁶. Ce mode de formation de l'usage se justifiant par la nécessité de celui-ci ou par sa pratique généralisée. Comme le précise Monsieur Stark « que le temps soit fonction de la vitesse est une formule que les physiciens accueillent depuis Einstein...Ce temps varie suivant la nature de la règle en gestation et le milieu social où elle se développe... Son temps de formation se trouve en rapport inverse de la vitesse avec laquelle

¹⁶⁶¹ Lexique des termes juridiques, Dalloz Paris, op. cit.

¹⁶⁶² Jean-Michel Jacquet et Philippe Delebecque, *Droit du commerce international*, Dalloz Paris, 3^{ème} éd. 2002, n°149 et 150.

¹⁶⁶³ Ibid. n° 150.

¹⁶⁶⁴ Jean Carbonnier, op. cit. , p. 21.

¹⁶⁶⁵ René-Jean Dupuy, *Droit déclaratoire et droit programmatore : de la coutume sauvage à la soft law*, Colloque SFDI sur l'élaboration du droit international public, Toulouse 1974, Pédone Paris 1975, p. 135.

¹⁶⁶⁶ René-Jean Dupuy, *Coutume sage et coutume sauvage*, in Mélanges Rousseau, Pédone Paris, 1974, p. 132.

comportements et pratiques se généralisent »¹⁶⁶⁷. Ce renversement des éléments de formation de la coutume est justifiable en matière de commerce international car une cristallisation rapide du droit coutumier paraît nécessaire au regard du caractère global des usages, de leur généralisation, du constat de leur nécessité et de l'appui important des intervenants concernés. En outre, ainsi que l'écrit Monsieur Dupuy, « les analyses sociologiques selon lesquelles la coutume répond à un phénomène hypnotique d'intégration du mythe social dans le comportement des sujets de droit ne sauraient s'appliquer à la société internationale encore considérée comme un milieu primitif. La société d'Etats est animée bien plus par Machiavel que par Cromagnon »¹⁶⁶⁸. Ainsi les Incoterms, qu'ils soient une codification d'usages anciens ou la création de solutions nouvelles, apparaissent bien comme des usages.

877. La codification des usages provoque et incite souvent à la référence écrite dans le contrat, c'est le cas des Incoterms qui ont vocation à être sélectionnés par le contrat international. Leur succès en matière de vente internationale est tel que « la plupart des réglementations nationales, à l'importation comme à l'exportation, sollicitent la mention de l'Incoterms utilisé »¹⁶⁶⁹. Les Incoterms, de simples outils proposés aux commerçants internationaux, semblent ainsi devenir quasiment d'application impérative.

Pourtant, cette référence expresse ne semble pas justifiée car les Incoterms étant des usages internationaux, il n'est pas besoin de s'y référer expressément pour que ceux-ci soient applicables. Le fait que les Incoterms soient des usages est clairement démontré par le fait qu'ils sont appliqués en dehors de toute référence expresse, c'est notamment le cas pour les plus usités tels que les usages CAF ou FOB¹⁶⁷⁰.

878. Les Incoterms jouissent ainsi d'une reconnaissance universelle et sont totalement intégrés dans le monde des affaires. Il faut cependant relativiser le rôle de ces instruments en matière de droit du transport international de marchandises par mer.

D'abord, car ces codifications privées d'usages ne sauraient préjudicier à l'application des règles impératives puisque les Conventions internationales applicables en la matière s'appliqueront prioritairement. Même s'il est mis en œuvre par l'arbitrage, ce droit privé commun n'échappe pas au contrôle des ordres juridiques étatiques qui seuls disposent d'un appareil de contrainte propre à garantir le caractère obligatoire de la règle de droit.

Ensuite, car les Incoterms ne sont pas universels et ne règlent que certains problèmes du contrat de vente international : la livraison de la marchandise vendue. Ainsi, ils ne

¹⁶⁶⁷ Boris Stark, *Réflexion sur une source informelle du droit*, JCP 1970, Doctrine 2363.

¹⁶⁶⁸ Ibid. p. 135.

¹⁶⁶⁹ Magazine de commerce international (M.O.C.I.) Mémo Guide M.O.C.I., Incoterms 2000, juin 2000, p. 9.

¹⁶⁷⁰ Jean-Michel Jacquet et Philippe Delebecque, *Droit du commerce international*, op. cit. , n° 150, p. 88.

s'appliquent pas au contrat de transport mais uniquement au contrat de vente, et à l'intérieur de celui-ci au problème spécifique de la livraison des biens. Les Incoterms ne peuvent, de ce fait, concerner qu'indirectement le droit du transport international de marchandises par mer car l'insertion d'un de ces termes commerciaux dans un contrat de vente international de marchandises permet à l'acheteur et au vendeur de se mettre d'accord sur le transfert des risques, le transport, l'assurance, la nature et le type de documents qui doivent accompagner la marchandise¹⁶⁷¹.

879. Il est alors clair que les Incoterms, malgré leur intérêt, ne sont d'aucune utilité pour réaliser une quelconque uniformisation, par la pratique, du droit du transport international de marchandises par mer.

Il est possible de trouver en matière maritime un autre type d'usage général. Il s'agit de la pratique des clauses attributives de compétence.

b) Les clauses attributives de compétence

880. Ces clauses sont des dispositions contractuelles qui confient le règlement d'un litige à une juridiction légalement sans compétence pour en connaître¹⁶⁷². Ces clauses ne sont pas à proprement parler des usages mais des stipulations contractuelles. Elles sont pourtant tellement courantes, voire pratiquement systématiques qu'il est habituel de ne plus les faire figurer expressément. De plus, leur validité peut dépendre de l'existence d'un éventuel usage. En ce domaine, il existe une différence entre le régime interne français et le régime international pour savoir à quelles conditions ces clauses sont valables et acceptées par le cocontractant.

881. La jurisprudence française est assez sévère en matière de validité de ces clauses. En ce qui concerne par exemple les clauses attributives de compétence territoriale, l'article 48 du N.C.P.C. les répute valables quant à leur forme quand elles ont été spécifiées de manière très apparente dans l'engagement de la partie à laquelle on les oppose¹⁶⁷³.

¹⁶⁷¹ Catherine Kessedjan, *Codification du droit commercial international en droit international privé (de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales)*, RCADI 2002, p. 159.

¹⁶⁷² Cette compétence pouvant être celle d'attribution ou territoriale. En matière internationale il s'agit surtout d'une attribution de compétence territoriale.

¹⁶⁷³ Cass. Com. 02/10/1985, Bull. civ. IV, n°227.

882. En matière internationale, les conditions d'acceptation sont moins strictes. Les textes internationaux sont plus sensibles aux nécessités du commerce maritime. A cet égard l'article 23 du Règlement CE 44/2001¹⁶⁷⁴ prévoit que «la clause attributive de juridiction est conclue :

- a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite
- b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles
- c) pour le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance, et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties au contrat du même type dans la branche commerciale considérée ».

883. Il faut par conséquent constater qu'un usage peut valider une clause attributive de compétence non-formalisée (elle peut être non-formalisée lorsqu'elle n'a pas été prévue mais est systématique pour ce type de contrat, ou lorsqu'elle a simplement été prévue par oral), à condition que les parties connaissent cet usage ou soient censées le connaître, mais aussi que cet usage soit « largement connu et régulièrement observé » dans la branche commerciale concernée. Il est manifeste que le demandeur devra démontrer l'existence de la réalité d'un usage. Un tel usage semble courant en matière de transport maritime de marchandises¹⁶⁷⁵.

884. Pourtant, la jurisprudence française considère que le destinataire (tiers au contrat) ne peut pas être lié par des clauses dont il n'a pas eu connaissance¹⁶⁷⁶. Elle estime s'agissant surtout des clauses inhabituelles qu'il ne peut pas les connaître par le seul fait des usages professionnels¹⁶⁷⁷. A propos du chargeur (partie au contrat) la jurisprudence considère¹⁶⁷⁸ qu'il n'est pas lié par une clause attributive de compétence insérée dans un connaissement qu'il n'a pas signé¹⁶⁷⁹.

¹⁶⁷⁴ Il s'agit de l'ancien article 17 lettre c) de la Convention européenne de Bruxelles du 27 septembre 1968 telle que modifiée par le Protocole adopté le 9 octobre 1978 au Luxembourg.

¹⁶⁷⁵ Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29/11/2000, les magistrats ont considéré que « la clause du connaissement est opposable audit chargeur bien que celui-ci n'ait pas signé les connaissements, ceci par application du point c de l'article 17 (...) En effet, le transporteur établit (...) que ce type de clause attributive de juridiction au profit des tribunaux de leur siège social, correspond à une pratique courante dans la branche du transport maritime international. Le chargeur, exportateur de fruits, qui utilise couramment les services de transporteurs maritimes pour acheminer ses produits, ne pouvait ignorer les pratiques de ceux-ci et était à tout le moins censé les connaître ». DMF 2001, p. 684, note P. Y. Nicolas.

¹⁶⁷⁶ Cf. supra n° 675 et s.

¹⁶⁷⁷ Il faut toutefois préciser que cette position n'est pas retenue par l'ensemble de la jurisprudence, la première chambre civile de la Cour de cassation retient que « l'insertion d'une clause de juridiction étrangère dans un contrat international fait partie de l'économie de celui-ci, de sorte qu'elle s'impose à l'assureur subrogé », Gilles Héligon, *Opposabilité aux destinataires des clauses de compétence des contrats de transport : question de droit ?*, Gazette de la Chambre arbitrale maritime de Paris, n° 3, janvier 2004, p. 3-5 ; Pour une application par la 1^{ère} Chambre civile : Navire Lindos, 22/11/2005, DMF janvier 2006, p. 13.

¹⁶⁷⁸ La jurisprudence est relativement peu homogène mais il est possible de trouver une solution allant dans le même sens concernant l'opposabilité au chargeur de la clause compromissoire. Cass. Civ. I 16/06/1992, D 1992, IR p. 225.

¹⁶⁷⁹ Aix-en-Provence, 29/01/1992, DMF 1992, 194, 2^{ème} espèce. Et Cass. Com. 12/10/1993, DMF 1994, p. 628.

Cette jurisprudence apparaît bien rigoureuse au regard tant du droit international que de la particularité des relations commerciales internationales, domaine dans lequel devrait primer le consensualisme¹⁶⁸⁰ et une grande souplesse¹⁶⁸¹. Cette jurisprudence faisant de cette signature, non une condition de validité du connaissement, mais une condition d'opposabilité de ces clauses au chargeur, apparaît d'autant plus surprenante que depuis le décret du 12 novembre 1987¹⁶⁸² la signature du chargeur sur le connaissement n'est plus nécessaire. Les juges réduisent ainsi considérablement la portée de cette modification décrétole. De plus, les praticiens semblent confirmer que les chargeurs ne signent plus les connaissements.

885. Ce problème de reconnaissance des clauses attributives de compétence aurait dû être réglé par les Règles de Hambourg qui ouvrent d'office au demandeur engageant une action relative au transport maritime de marchandises un large choix de juridictions¹⁶⁸³. En outre, cette Convention internationale valide les clauses attributives de compétences, et ce qu'elles soient incluses dans le connaissement¹⁶⁸⁴ ou contractées après qu'un litige soit né¹⁶⁸⁵. Des craintes sur ces dispositions avaient d'ailleurs été exprimées en ce qu'elles pouvaient permettre un forum shopping¹⁶⁸⁶.

Cependant, le faible nombre d'Etats ayant adhéré à cette Convention s'oppose à ce que celle-ci règle ce problème de divergence entre le régime international et celui français.

886. Il en résulte qu'en ce domaine il apparaît très clairement que la jurisprudence française s'oppose à ce que les usages du commerce international produisent leur plein effet. Cette position apparaît d'autant plus surprenante que cette acceptation de la clause attributive de compétence est valable si le chargeur n'a signé le connaissement qu'au verso, et ce alors que la clause est généralement imprimée au recto. Pourtant, ici la jurisprudence française choisit d'appliquer un autre usage constant en matière maritime¹⁶⁸⁷.

887. S'agissant des usages en matière de transport maritime de marchandises, l'insertion presque systématique par les praticiens de clauses d'aménagement de la compétence internationale dans leurs contrats, les clauses de juridiction, paraît bien constituer un usage.

Plus récemment Cass. Com. 04/03/2003, DMF 2003, 561.

¹⁶⁸⁰ « Principe en vertu duquel un acte juridique qui n'est soumis à aucune forme particulière pour sa validité, le consentement ayant à lui seul le pouvoir de créer des obligations », définition du *Lexique des termes juridiques*, sous la direction de Raymond Guillien et Jean Vincent, Dalloz Paris, 15^{ème} éd. 2005, p. 162.

¹⁶⁸¹ Le contrat de transport maritime est un contrat conclu entre deux commerçants.

¹⁶⁸² Décret n°87-922, JO 18/11/1987 qui est venu modifier l'article 37 du décret n° 1078 du 31 décembre 1966.

¹⁶⁸³ Article 21-1 et 2.

¹⁶⁸⁴ Article 21-1 d.

¹⁶⁸⁵ Article 21-5.

¹⁶⁸⁶ Ana Atallah, *Quelques réflexions sur le développement du « forum shopping »*, DMF 2001, p. 869, spé. Note 9.

¹⁶⁸⁷ Paulette Veaux-Fournier et Daniel Veaux, *Commerce maritime*, fascicule 1255 du jurisclasseur commercial, n° 70, 71 et s.

Pourtant, même si habituellement une clause de juridiction est stipulée dans les connaissements, un argument semble s'opposer à ce que cette pratique constitue un usage. Il s'agit du fait que la rédaction de ces clauses de juridiction varie. En effet, selon le lieu d'établissement du transporteur, le connaissement renvoie à telle ou telle juridiction. Ces clauses de juridiction pourraient cependant désigner un lieu de façon objective¹⁶⁸⁸. L'intérêt de l'usage aurait été d'opposer la clause relative à la compétence internationale sans se soucier de la connaissance de la clause. Il aurait fallu pour cela que les clauses désignent toujours de la même façon le tribunal compétent.

888. S'agissant enfin des clauses de recours à l'arbitrage, sans revenir sur l'étude de ces clauses soulignons, qu'en ce domaine également, il ne semble pas y avoir d'usages car la formulation de la convention d'arbitrage est variable. Déjà selon que les parties recourent à un arbitrage ad hoc ou institutionnel ensuite, selon le centre d'arbitrage désigné, la clause-type proposée par le règlement d'arbitrage diffère¹⁶⁸⁹.

889. A présent que les principaux usages utilisés en matière de transport international de marchandises par mer ont été examinés, reste à déterminer s'ils ont un rôle « uniformisateur » du droit applicable à cette matière.

Paragraphe 2 – Le faible apport juridique des usages à l'uniformisation du droit du transport international de marchandises par mer

890. Il apparaît, eu égard à ces différents éléments, que le rôle pratique des usages en matière de transport international de marchandises par mer est très important. Pourtant, il ne semble pas que ceux-ci jouent un rôle significatif en matière d'uniformisation du droit du transport international de marchandises par mer. D'abord, parce que ces usages sont divers et de ce fait source d'incertitude (A) et ensuite car ceux-ci sont fragiles en ce sens qu'ils ont un caractère supplétif de la volonté des individus et qu'ils s'effacent devant des normes impératives nationales ou internationales (B).

A – La diversité et l'incertitude des usages

¹⁶⁸⁸ Tribunal du port de chargement ou du port de déchargement, tribunal du siège du défendeur, tribunal du siège ou du principal établissement de l'émetteur du connaissement...

¹⁶⁸⁹ S'agissant de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris, la clause compromissoire est ainsi libellée : « tous différends auxquels le présent contrat pourra donner lieu seront résolus définitivement suivant le règlement de la Chambre Arbitrale Maritime de Paris (Siège : 47 rue de Monceau, 75 008 Paris) par un ou trois arbitres nommés conformément à ce règlement ».

D'abord il semble que ces usages (qu'ils soient de lignes, de ports ...) existent justement pour tenir compte de spécificités locales, techniques, matérielles. Dès lors, il apparaît difficile et même absolument pas souhaitable d'uniformiser ces usages. Les pratiques spontanées ne se consolident en usages que si elles donnent satisfaction, ce qui les fait paraître naturelles. Il est ainsi possible de transposer ce que dit le Professeur Jestaz à propos de la coutume et des usages « Bien entendu, elles (les pratiques spontanées) ne sont naturelles qu'au sein d'un groupe donné et dans un certain contexte, de sorte qu'il faut se garder d'y voir l'expression d'une sorte de droit ingénument rationnel et universel »¹⁶⁹⁰. Comme le précise Madame Leymarie « la vie commerciale est faite de nuances très variées et nombreuses, qui ne rentrent pas toutes dans les voies tracées par les règles légales. La vie commerciale suscite alors des usages qui apparaissent comme le complément nécessaire de la législation ; en effet, celle-ci ne pourrait raisonnablement prétendre être la seule source de l'ordre juridique positif »¹⁶⁹¹. Ensuite, il semble qu'en matière de transport maritime de marchandises l'absence de codification de l'ensemble des usages n'autorise pas un établissement aisé de ceux-ci. Il est alors difficile de préconiser la généralisation et l'extension des usages alors que certains sont mal connus ou source de contestations et donc d'incertitudes. Cette critique doit pourtant être tempérée car la plupart des usages professionnels font l'objet de codifications privées qui semblent réalisées de manière consensuelle par les intéressés eux-mêmes. L'autre faiblesse des usages est leur fragilité.

B – La fragilité des usages

891. Il a été exposé que les usages ont un caractère supplétif de la volonté des parties. Il semble pourtant que les opérateurs du commerce international respectent cette « pratique spontanée, adaptée aux besoins et généralisée au sein d'un groupe donné, norme rendue obligatoire tant par l'adhésion que par la pression du groupe »¹⁶⁹².

892. En revanche les usages, pour reprendre une expression de Madame Deumier, ne flottent pas en suspension dans l'atmosphère juridique universelle mais s'intègrent dans chaque système et entrent en contact avec les phénomènes juridiques étatiques que sont principalement les agents d'exécution (le juge) et ceux de production du droit (le

¹⁶⁹⁰ Philippe Jestaz, *Les sources du droit*, op. cit. , p. 105.

¹⁶⁹¹ Encyclopédie Dalloz, *Répertoire de droit commercial*, Dalloz Paris, 1974, voir « usages commerciaux ».

¹⁶⁹² Philippe Jestaz, *Les sources du droit*, op. cit. , p. 112.

législateur)¹⁶⁹³. Il résulte de cette confrontation qu'ils s'effacent devant un texte impératif (c'est le cas s'agissant des usages conventionnels, s'agissant des usages de droit ils s'effacent aussi devant des Conventions internationales), or la matière étudiée est régie par de tels textes. Cette observation doit être tempérée. D'abord, parce qu'un usage prime sur les règles légales supplétives. Cette supériorité a ainsi été rappelée dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980 qui prévoit dans son article 9 qu'« en cas de contradiction avec la présente loi, ces usages l'emportent, sauf volonté contraire des parties ». Cette supériorité se justifiant par le fait que l'usage est une expression de la volonté collective et, à ce titre, très proche de la volonté des parties. Ensuite, si effectivement l'usage conventionnel s'efface devant les lois impératives, il est pourtant possible de trouver d'illustres exemples d'usages ou de coutumes *contra legem* et ce surtout en matière commerciale. Ainsi la solidarité passive, l'anatocisme, la faculté de remplacement sont autant de dérogations aux lois civiles. Certes, ces dérogations se justifient par le caractère particulier de la matière commerciale et ces usages ou coutumes ne dérogent pas aux lois commerciales. Il est cependant assez rare que des usages contredisent des lois ou des textes d'origine internationale impératifs. Il est d'ailleurs notable que, quand de tels conflits existent, ceux-ci sont le plus souvent résolus en faveur de l'usage¹⁶⁹⁴. Un exemple tiré de la matière étudiée illustre bien ce constat : il s'agit de la livraison sous palan que la loi de 1936 présume effectuée dès la palanquée déposée, or un usage du port de Marseille ayant été validé par la jurisprudence, impose que la palanquée ait été désarrimée et que le palan soit prêt à remonter¹⁶⁹⁵.

Malgré ces observations, force est de conclure que les usages ont du mal à se diffuser sur une grande échelle que ce soit parce que la communauté d'intérêts est diffuse ou que justement ces usages permettent une bonne adaptation à des spécificités matérielles, géographiques ou sociales. Comme le souligne Madame Deumier, « ces difficultés ne font qu'empirer si cette création doit affronter une règle délibérée », la matière étudiée étant largement régie par de telles règles délibérées¹⁶⁹⁶.

893. A ce stade des développements, l'utilisation par les opérateurs du transport international de marchandises par mer de l'autonomie de la volonté, que ce soit pour faire appel à une instance spécialisée pour régler leur litige (arbitrage) ou pour avoir recours à un droit particulier¹⁶⁹⁷ ne semble pas leur garantir ou leur permettre d'assurer une uniformisation

¹⁶⁹³ Pascale Deumier, *Le droit spontané*, Economica Paris, 2002, p. 8.

¹⁶⁹⁴ Pascale Deumier, *Le droit spontané*, op. cit., n° 414 et s.

¹⁶⁹⁵ Cass. Civ., 16/05/1949, Gaz. Pal. 1949, 2, 178, D. 1950, 629, note G. Ripert ; S. 1949, I, 168.

¹⁶⁹⁶ Pascale Deumier, *Le droit spontané*, op. cit., n° 415.

¹⁶⁹⁷ Ce droit particulier pouvant être, si on admet son existence, les principes et règles de la *Lex Mercatoria* ou

et une prévisibilité du droit applicable.

Se pose ainsi la question de savoir si les tentatives de réalisation d'un droit uniforme du transport international de marchandises par mer ne devraient pas être limitées à certains aspects du contrat ou à un champ territorial plus réduit ?

Chapitre II – D’une nécessaire unification par les Etats à la recherche de sa pertinence

894. L’étude de la réglementation applicable aux transports internationaux de marchandises par mer a permis de mettre en valeur que la méthode choisie par les Etats pour uniformiser et garantir aux opérateurs de ces transports une prévisibilité du droit applicable à d’éventuels litiges, présentait des défauts. Pourtant, il ne semble pas que l’autre méthode traditionnelle du droit international privé, l’élaboration de règles de conflit de lois ne permette pas plus la réalisation de cet objectif. A ce stade, il a fallu constater un échec des Etats à fournir aux opérateurs du transport international de marchandises par mer une législation uniforme.

895. Les opérateurs du transport, face à ce corpus international de règles matérielles éclatées, ont des outils juridiques à leur portée pour assurer la prévisibilité des règles applicables à leurs litiges. Les Etats permettent, par le jeu de l’autonomie de la volonté qu’ils reconnaissent aux opérateurs, que ceux-ci règlent un litige en faisant appel à une instance spécialisée, l’arbitre dans l’arbitrage commercial international, et à un droit particulier, les principes et règles de la Lex Mercatoria. S’est alors posée la question de savoir si la répétition de ces différents outils, contractuels ou non (les usages), par les parties pouvait leur donner la possibilité de constituer spontanément un corps de règles juridiques « a-national ». Il a cependant été vu que cette hypothèse, pour pertinente et intéressante qu’elle soit dans d’autres domaines, était limitée en matière de droit du transport international de marchandises par mer, du fait de la présence d’une réglementation internationale impérative.

896. On en revient au rôle joué par les Etats en ce qui concerne l’élaboration de la réglementation en ce domaine et ainsi à la méthode de l’unification. Les Etats ont toujours la volonté d’utiliser l’instrument conventionnel pour uniformiser le droit applicable à cette matière comme le démontre le projet d’instrument de la CNUDCI.

Pourtant, si cette intervention se justifie, il a été démontré que les tentatives d’arriver à une unification « formelle » ayant une « vocation » ou une « ambition mondialiste »¹⁶⁹⁸ sont restées vaines. Il est ainsi nécessaire de rechercher la pertinence de cette intervention. Celle-ci se mesurera à l’étendue de l’unification matérielle et au niveau de l’unification territoriale.

897. La nécessité d’unifier tous les aspects du droit du transport international de marchandises par mer a été posée dans cette étude comme un postulat. Ne faudrait-il pas au

¹⁶⁹⁸ Marc Ancel, *Rapprochement, unification ou harmonisation des droits ?*, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 8.

contraire que l'unification imposée par les Etats laisse davantage de place à l'autonomie de la volonté en ce domaine (section I) ? Se pose ensuite la question du niveau d'unification, n'y a-t-il pas d'autres niveaux d'actions plus adaptés que l'unification universelle (section II).

Section I - L'étendue de l'unification du droit applicable au transport international de marchandises par mer

898. Dans les développements précédents, la nécessité d'une unification des règles applicables au transport international de marchandises par mer n'a pas été discutée¹⁶⁹⁹. Unifier le droit semble être la seule possibilité d'assurer la prévisibilité juridique qui tient la prévention du litige pour aussi importante que sa résolution. En effet, dans notre système juridique de tradition civiliste (civil law), l'accessibilité du droit permet de prévenir un litige (sachant que d'un point de vue économique, la prévention du litige coûte moins cher que sa résolution).

Les difficultés d'unifier la réglementation applicable au contrat de transport international de marchandises par mer, tant par les méthodes classiques du droit international privé (conventionnelle ou conflictuelle) que par un procédé original tel que la Lex Mercatoria, permettent de se demander si celles-ci sont adaptées en ce domaine. C'est pour pallier le désordre actuel de la législation internationale que les opérateurs du transport international de marchandises par mer ont recours à différentes techniques juridiques pour aménager leurs rapports juridiques. Ils sont cependant limités par la législation internationale impérativement applicable. On a ainsi pu constater le faible rôle de ces pratiques en matière d'uniformisation du droit du transport international de marchandises par mer.

899. Il est dès lors légitime de se demander si les Etats doivent nécessairement intervenir en ce domaine ou si le droit du transport international de marchandises par mer ne pourrait être susceptible d'une uniformisation spontanée (paragraphe 1) ? Ensuite, le contrat de transport international de marchandises par mer requiert-il une législation internationale impérative ou ne pourrait-il pas être laissé, en tout ou partie, à l'autonomie de la volonté (paragraphe 2) ?

Paragraphe 1 – De l'intervention des Etats

900. L'affirmation selon laquelle le contrat de transport international de marchandises par mer nécessite une intervention des Etats n'a pas pour l'instant été discutée. Il serait pourtant possible de laisser aux opérateurs le soin de choisir, voire d'élaborer le corpus juridique le plus adéquat à leurs rapports. Cette solution est-elle envisageable ?

¹⁶⁹⁹ Hormis dans l'introduction.

Le droit maritime est considéré, de façon classique, comme étant particulier. Cette thèse du particularisme postule que ce droit ne nécessite pas d'intervention des Etats puisque ce caractère entraîne une uniformisation spontanée des règles juridiques (A). Cependant, la réglementation applicable au transport international de marchandises par mer adoptée au cours du vingtième siècle a un caractère impératif. Cette réglementation, dont la Convention la plus récente a presque trente ans (Règles de Hambourg) et son caractère impératif, se justifient-ils encore (B) ?

A - La période du particularisme du droit maritime : l'exclusion de l'intervention des Etats

901. La thèse du particularisme du droit maritime a permis pendant longtemps de justifier l'idée de son autonomie sur le droit terrestre (1). Cette thèse a été critiquée. A ainsi pris fin le particularisme du droit maritime (2).

1) Exposé de la thèse du particularisme

902. Le Professeur du Pontavice souligne que « le droit maritime s'est constitué et a adopté des traits fondamentaux identiques d'un pays à l'autre car il s'agissait de répondre aux besoins de la navigation entre peuples et les mêmes besoins ont sécrété les mêmes règles »¹⁷⁰⁰. Il en est de même pour le transport maritime. Madame Soisson estime à ce sujet « que le transport maritime est confronté à des dangers spécifiques, ce qui a pour résultat un régime d'allocation des risques tout à fait original »¹⁷⁰¹. Cette idée de dangers spécifiques auxquels serait soumis le transport maritime de marchandises est relativement ancienne ; il est d'ailleurs possible d'estimer que le droit maritime dans son ensemble y est soumis. C'est sur cette observation que s'est fondée la théorie du particularisme du droit maritime.

903. Celle-ci est due au grand historien du droit maritime Pardessus, et ce même si le terme de particularisme ne se rencontre pas sous la plume de cet auteur, il a été inventé par Ripert¹⁷⁰². Pardessus avait été frappé du fait que le vieux « droit de la mer », né il y a quelques quarante siècles, s'était cristallisé dans une certaine immuabilité et avait généré ses propres

¹⁷⁰⁰ Emmanuel du Pontavice, *Etat actuel et avenir du droit maritime*, ibid.

¹⁷⁰¹ Nathalie Soisson, *La liberté contractuelle dans les clauses du connaissement*, thèse pour le doctorat en droit, op. cit. , p. 22.

¹⁷⁰² Georges Ripert, *Droit maritime*, Dalloz Paris, 4^{ème} éd. , 3 vol. 1950 à 1953.

institutions qui ont pérennisé¹⁷⁰³. Un des exemples les plus flagrants de ces institutions est le prêt à la grosse¹⁷⁰⁴, qui est un contrat aléatoire dans lequel un capitaliste met de l'argent dans une expédition maritime, dans l'espoir, en cas de succès de recevoir une prime importante¹⁷⁰⁵. Ce contrat tirant son origine du droit caravanier de l'Orient, a été appliqué par les phéniciens au commerce par mer et ne fut formellement abrogé dans notre droit qu'en 1967.

904. D'autres traits caractérisent ce qui deviendra le « droit maritime ». Il y a d'abord le fait qu'il échappe aux préoccupations étatiques de tel ou tel pays et qu'il est différent du droit terrestre qu'il a bien souvent précédé. Les habitants de la côte ayant eu très tôt des relations économiques ont ainsi eu besoin de règles juridiques à une époque où le droit terrestre était largement embryonnaire. Ce droit est largement international, voire universel. Il n'a que faire des revendications nationales des Etats. Les commerçants ont besoin d'un droit commercial commun pour leurs échanges en mer. Ils ont alors élaboré, pour leurs rapports, un corpus de règles internationales qui leur est propre et développé un langage commun : « les ouvrages de droit maritime dès la renaissance se trouvent écrits en langue vulgaire, c'est-à-dire notamment en français, langage largement compris dans les ports, même étrangers, et non pas en latin comme ils le furent pendant longtemps en droit civil, les auteurs eux-mêmes étaient des praticiens, des professionnels locaux »¹⁷⁰⁶.

905. Ensuite, il est notable que ce droit, rédigé par des praticiens, avait une origine coutumière faite « d'usages auxquels leur ancienneté et leur universalité ont imprimé un caractère vénérable et pour ainsi dire sacré »¹⁷⁰⁷.

Cette origine coutumière possède plusieurs justifications. Ce droit maritime était adapté à l'usage car justement créé par ces usages, en outre les usages naissant de la pratique, il était plus facilement imposable à tous. De plus, cette origine coutumière lui permettait de s'adapter aux évolutions technologiques et aux besoins de la pratique.

906. Les trois caractères principaux du droit maritime que sont l'universalité, l'immutabilité et l'origine coutumière¹⁷⁰⁸ font rapprocher, par Pardessus, le droit maritime du droit naturel : « (les lois du commerce maritime) produites en tout pays par des besoins semblables, elles tiennent de cette circonstance même un caractère d'universalité qui permet de leur appliquer

¹⁷⁰³ Mircea Mateescu-Matte, *Droit maritime, droit aérien, droit extra-atmosphérique et droit international : quel rapport ?*, ADMA 1980, tome V, p. 308 et s.

¹⁷⁰⁴ A la grande aventure.

¹⁷⁰⁵ René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, 12ème éd., Précis Dalloz Paris, p. 93.

¹⁷⁰⁶ Emmanuel du Pontavice, *Etat actuel et avenir du droit maritime*, op. cit., p. 42 et s.

¹⁷⁰⁷ Jean-Marie Pardessus, *Collection de lois maritime*, Imprimeries royales Paris, 1828-1845, I, p. 6-7.

¹⁷⁰⁸ Julien Bonnecase, *Traité de droit commercial maritime*, Sirey 1922, n° 187 et s.

ce que Cicéron a si bien dit du droit naturel : « *non opinione, sed natura jus constituitur*¹⁷⁰⁹ »¹⁷¹⁰.

Ce droit maritime qui serait un droit naturel fournirait le meilleur ajustement entre les êtres en relation, cela parce qu'il serait édicté par l'équité et constituerait ainsi le juste en soi¹⁷¹¹. Desjardin en 1890 développe la même idée¹⁷¹² : selon lui, les lois du commerce maritime peuvent être envisagées, plus que toutes les autres, comme les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses. Elles ne sont pas liées à la forme des gouvernements, aux préjugés des castes, aux instincts des races, aux habitudes particulières des différentes nations, elles reposent avant tout sur les nécessités de la navigation maritime, pour la plupart immuables. C'est pourquoi Pardessus a dit que l'uniformité est de leur essence.

Cette idée d'une raison éclairée par l'expérience est très intéressante car elle traduit une certaine méfiance par rapport aux législateurs et aux gouvernants qui voudraient intervenir dans un domaine où les usagers savent beaucoup mieux ce qui leur convient. Poussant même jusqu'au bout cette logique, Bonnetcase conclut : « la thèse du particularisme du droit maritime est ainsi nettement et complètement établie du premier coup. Le législateur, d'après elle, est frappé d'impuissance en face de cette branche du droit ; douée d'immanence, elle se suffit à elle-même ; le législateur doit tout au plus protéger ses manifestations, mais il n'est pour rien dans leur origine. »¹⁷¹³.

907. Rodière récuse l'idée que Pardessus soit allé aussi loin dans son raisonnement. Pour lui¹⁷¹⁴, il se serait seulement borné à mettre en garde le législateur de ne pas réformer de manière « inconsidérée » ce que la longue histoire du commerce maritime a construit patiemment. Il est pourtant partisan de l'unification internationale du droit du transport maritime par la voie législative : « qui dit commerce international dit menace de conflit de lois. Un navire norvégien transporte des laines d'Australie à destination de Rouen. Il entre en collision avec un navire anglais en haute mer et se réfugie à Naples. La marchandise ayant été avariée, quelle loi appliquer pour déterminer si le transporteur est responsable : la loi du pavillon (norvégienne), la loi du port de refuge (italienne), celle de l'autre pavillon (anglaise), celle du lieu de conclusion du contrat (Australie) ou de destination (France) ? L'incertitude est grande car chaque juge applique son propre système de solution de pareils conflits. Or, quelle

¹⁷⁰⁹ « Ce n'est pas mon opinion mais ce qui est commandé par le droit naturel », traduction de l'auteur.

¹⁷¹⁰ Jean-Marie Pardessus op. cit., T 1, p. 2-3.

¹⁷¹¹ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Garnier-Flammarion Paris, 2004, V, 10.

¹⁷¹² Arthur Desjardins, *Introduction historique à l'étude du droit commercial maritime*, Pédone-Lauriel Paris, 1890, p. 2 et s.

¹⁷¹³ Julien Bonnetcase op. cit. n° 187.

¹⁷¹⁴ René Rodière, *Traité général de droit maritime*, introduction Dalloz 1976, n° 24 et s. ; repris dans René Rodière, *Le particularisme du droit maritime*, DMF 1974, n° 301 doctrine, p. 196 et s.

sera la juridiction saisie ? Nul ne le sait d'avance, pas plus qu'on ne peut prévoir lors du départ les éventuels accidents de parcours du navire. De cette insécurité juridique, presque aussi préjudiciable que l'insécurité matérielle des mers, est née le besoin d'une unification législative à l'échelle internationale »¹⁷¹⁵.

Ripert a repris le débat du particularisme du droit maritime en constatant que ce particularisme initial du droit maritime a survécu à la formation des Etats et à leur tentative de codification de la législation maritime. En effet, il souligne que le droit maritime tel que codifié par l'ordonnance sur la marine d'août 1681 formait un tout, il « se conservait dans toute son originalité, sans apport étranger, sans altération... »¹⁷¹⁶.

908. C'est par contre en Europe, au dix-neuvième siècle avec la codification napoléonienne et notamment l'élaboration du Code de commerce français (promulgué en 1807 mais applicable à partir du premier janvier 1808), que l'on assiste à une interpénétration des règles de droit commercial et des règles du droit maritime dont il résulte une confusion entre commerce maritime et commerce terrestre.

Cette suppression ou diminution du rôle de la coutume en droit maritime serait due au fait que la marine marchande se transforme en une industrie et que le commerce maritime devient le prolongement en mer de l'activité nationale. Elle serait causée aussi par l'aspiration à assurer la cohérence du droit des transports et, ainsi, à éviter que les règles maritimes se singularisent trop par rapport aux règles terrestres ou aériennes. Les partisans d'une telle thèse font valoir que les progrès technologiques connus par la navigation maritime et l'amoindrissement des dangers spécifiques ne justifient plus un droit totalement dérogatoire. A l'encontre de cette idée, Ripert conclut sur une nécessité du retour au particularisme, en expliquant que le mouvement d'unification du droit du transport maritime ne pourra accéder au succès qu'en respectant les besoins des différents acteurs et donc en se soumettant à la pratique du droit du transport maritime.

909. Pourtant, comme le soulignait déjà Monsieur Gidel en 1932, : « il est arrivé (...), en ce qui concerne le droit commercial maritime, que son caractère de particularisme a subi quelques altérations au cours du dix-neuvième siècle. Ce particularisme s'est affaibli pour des raisons juridiques et pour des considérations économiques ... Les causes économiques qui ont atteint le particularisme du droit maritime sont le changement de caractère de l'exploitation

¹⁷¹⁵ René Rodière, *Le droit maritime*, PUF Paris, *Que sais-je*, 1980, p. 9.

¹⁷¹⁶ Georges Ripert, op. cit., I, n° 53.

maritime, la marine marchande tendant à devenir de plus en plus un « prolongement en mer de l'activité nationale » (Ripert, p. 74) »¹⁷¹⁷.

2) La critique de la thèse

910. Bonnacase reprend les éléments du problème et affirme lui, que le droit maritime ne serait qu'un rameau du droit commercial terrestre sur la branche du droit privé. Il reproche ainsi à Ripert d'avoir vu dans le droit maritime le droit de la mer irréductible de la séparation droit public, droit privé (Rodière partage ainsi l'opinion de Ripert¹⁷¹⁸). Il semble préférable de séparer le droit international public maritime du droit maritime et de conserver à ce dernier sa spécificité originelle. Le droit maritime est d'abord « le droit des relations contractuelles par mer »¹⁷¹⁹.

Pour Bonnacase, ce particularisme ne serait pas absolu, car le droit maritime a intégré des institutions du droit commercial et a lui même inspiré ce droit commercial. Malgré tout, ce droit maritime serait particulariste de façon relative, en ce sens qu'il adapterait aux besoins de la vie commerciale maritime les règles du droit commercial général et du droit civil¹⁷²⁰. C'est ce que soulignait Emerigon : « le droit maritime est particulariste en ce sens que l'élément expérimental dont sont faits les rapports de droit qu'il régit réclame une technique à certains égards spéciale, différente sous plusieurs aspects de celle du droit civil et du droit commercial, mais encore une fois le droit maritime n'est pas d'une essence autre que le droit privé général »¹⁷²¹.

911. Par la suite, Rodière, par une démonstration s'appuyant sur la jurisprudence, nie au droit maritime un quelconque caractère particulier : « parler du particularisme relatif du droit maritime ne signifie rien car l'admettre équivaut simplement à un constat¹⁷²² d'originalité que personne ne saurait nier. Quant au particularisme absolu, entendu en ce sens que le droit maritime formerait un monde clos de règles et d'institutions imperméables au droit commercial général, il n'existe évidemment pas »¹⁷²³. A l'heure actuelle, le particularisme du droit maritime est remis en cause par des approches pluridisciplinaires de la matière. En effet, le transport maritime est rapproché du transport routier, aérien, ferroviaire. Ces différents

¹⁷¹⁷ Gilbert Gidel, *Droit international public de la mer*, Sirey paris, 1932, TI, p. 7.

¹⁷¹⁸ René Rodière, *Traité général de droit maritime*, vol. 1, n°176, éd. Dalloz Paris, 1976.

¹⁷¹⁹ Michel Morin, *Le droit maritime : diversité ou fragmentation*, ADMA tome XV 1997, p. 281 et s.

¹⁷²⁰ Julien Bonnacase, *Précis de droit maritime*, op. cit. n° 128.

¹⁷²¹ Balthazard-Marie Emerigon, *Commentaire de l'ordonnance de la marine du mois d'août 1681*, I, 2 et 20.

¹⁷²² L'article du DMF parle de « contrat » et non de « constat », il semble que ce soit une faute de frappe.

¹⁷²³ René Rodière, *Le particularisme du droit maritime*, op. cit., p. 205 ; ou *Traité général de droit maritime*, op. cit., n° 29.

modes de transports étant régis par des principes généraux communs telles que la sûreté ou la sécurité. A ce sujet, il est intéressant de noter un projet d'élaboration d'un code des transports émanant du Ministère des transports.

912. Il est pourtant indéniable que le droit maritime a un caractère original car il est et restera dominé par le risque de mer¹⁷²⁴ qui est toujours bien réel et par la nécessité de répartir les risques qui en découlent. C'est en ce sens que le groupe de travail¹⁷²⁵, travaillant sur le projet de Convention de la CNUDCI, s'est prononcé. Il a considéré qu'il était impératif de conserver un certain particularisme en ce domaine, celui-ci étant justifié pour des motifs économiques. Il est alors clair qu'un éventuel caractère particulier ou autonome du droit maritime ou du droit du transport international de marchandises par mer n'empêche en rien une intervention des Etats. Le particularisme auquel fait référence le groupe de travail n'a pas le même sens. Il semble qu'il soit plutôt fait référence au caractère particulier des conditions sociales et économiques en ce domaine, plutôt qu'au fait que cette matière ne devrait être soumise qu'à la seule pratique maritime. Il est intéressant de constater qu'à l'heure actuelle, malgré l'évolution des techniques, un caractère particulier est encore reconnu au droit maritime, celui-ci justifiant la soumission de ce droit à une intervention obligatoire des Etats.

913. Il paraît de ce fait inapproprié d'appliquer des dispositions internes non-adaptées à des opérations du commerce international. C'est pour pallier cette inadéquation des règles substantielles traditionnelles et ce déséquilibre au sein de la relation contractuelle que les Etats ont élaboré (ou en tout cas ratifié et adopté) des règles matérielles propres aux relations internationales par le biais de Conventions internationales. Les Etats ont manifesté la volonté d'encadrer le contrat de transport international de marchandises par mer et par là même de limiter le rôle de l'autonomie de la volonté, cette restauration de l'équilibre contractuel se faisant en s'assurant de la « rectitude des consentements »¹⁷²⁶. Cette intervention des Etats était-elle et est-elle encore justifiée ?

B – L'évolution de l'intervention des Etats

914. L'adoption d'une réglementation internationale impérative applicable au transport de marchandises par mer se justifiait dans le passé (1), pourtant l'invention par les opérateurs de

¹⁷²⁴ En moyenne 370 navires de cent tonneaux périssent accidentellement chaque année.

¹⁷²⁵ Groupe de travail III sur le droit des transports créé lors de la trente-quatrième session de la CNUDCI et chargé d'élaborer un instrument législatif portant sur des questions liées au transport international de marchandises par mer.

¹⁷²⁶ Philippe Malaurie, *L'inflation et le droit des obligations*, Cours de droit 1973-1974, p. 18-19.

nouvelles pratiques contractuelles conduit à se demander si cette réglementation impérative se justifie toujours ? (2).

1) La justification historique de l'adoption d'une législation internationale impérative

915. Une partie considérable du domaine des transports touche aux relations contractuelles entre des particuliers. En matière de contrat, la volonté des parties joue un rôle essentiel dans les règles de droit international privé pour la détermination de la loi applicable, et ce dans la presque totalité des systèmes juridiques nationaux. Dans les limites de l'ordre public international, les parties peuvent s'assurer, par le moyen d'une clause contractuelle, une certitude raisonnable quant à la loi applicable, et par conséquent, quant à leurs droits et leurs obligations réciproques. Face à une telle possibilité, qui peut satisfaire dans une certaine mesure les intérêts privés en jeu, il y a une considération d'ordre plus général.

916. Les relations juridiques contractuelles qui se concrétisent dans le domaine en question découlent assez souvent de contrats d'adhésion ou de contrats-types. Il a été exposé que dans les contrats d'adhésion, aussi bien qu'en général dans les contrats-types, les parties ne sont pas sur le même plan s'agissant de la détermination du contenu du contrat. C'est la faiblesse économique de l'une des parties qui va la contraindre à accepter finalement un contrat dont les clauses ont été unilatéralement formulées par l'autre partie, jouissant d'une position économique plus forte. En ce qui concerne cette situation, la participation essentiellement limitée de l'une des parties à la détermination du contenu du contrat justifie la protection que la loi accorde aux intérêts de la partie économiquement plus faible. Or, puisque la protection du contractant plus faible entraîne nécessairement la limitation du rôle attribué à la volonté des parties, il est aisément compréhensible que les Etats marquent une préférence, dans la matière envisagée, pour la conclusion de conventions internationales « unifiantes ». Par ce biais, la volonté des parties jouit d'une liberté assez restreinte. En effet, une limitation de la volonté des parties peut plus facilement être réalisée par des règles de droit substantielles que par les règles du droit international privé de chaque Etat, car il serait très difficile de restreindre le rôle de la volonté des parties dans les règles de conflits où de telles discriminations s'avéreraient contraires à toute tradition juridique¹⁷²⁷.

917. Le droit du transport international de marchandises par mer offre une illustration de cette problématique. La libre disposition par les parties du droit applicable à leur litige

¹⁷²⁷ Cet argument est classique, on le trouve déjà in Plaisant, *Les règles de conflit dans les traités*, Paris, 1946, p. 274 et s.

soulevait des difficultés car on permettait aux transporteurs d'abuser, au cours de la seconde moitié du dix-neuvième siècle, d'une liberté contractuelle presque absolue¹⁷²⁸. Le transporteur assumait une position d'irresponsabilité presque totale à l'égard des marchandises qui lui étaient confiées¹⁷²⁹.

L'adoption d'une législation internationale devait servir à protéger les chargeurs, partie considérée comme faible, des abus contractuels (principalement la stipulation de clauses d'irresponsabilité) auxquels se livraient les transporteurs. Les chargeurs étant au début du vingtième siècle de petits chargeurs confrontés à de puissants armements, ils ne pouvaient négocier les contrats et s'en faisaient imposer le contenu. Cette adoption ne se fit pas sans mal. Rodière souligne à cet égard qu'« en 1922 et 1924, on hésitait à intervenir, même modérément, en faveur des chargeurs, parce qu'on partait de l'idée que pour rester fidèle à son substratum politico-économique, le droit devait en matière contractuelle proposer des solutions supplétives de la volonté des parties et ne la contrarier par des règles impératives que dans des cas très rares où l'intervention du législateur était commandée par une nécessité d'ordre moral »¹⁷³⁰.

Il apparaît ainsi, que la principale raison d'être des Conventions internationales résidait dans le fait que les contrats de transport international de marchandises par mer étaient des contrats non-négociés ou d'adhésion.

918. Cette intervention des Etats sur un plan international n'a pas été motivée que par le souci de rétablir un équilibre entre des parties inégales, mais aussi, plus récemment, par la volonté des pays en développement au sein des Nations unies d'assurer un nouvel ordre économique avec l'élaboration des Règles de Hambourg. Pour ces pays, ces Règles étaient dictées par des nécessités d'ordre public économique. Il est possible de voir l'évolution par rapport à la Convention de Bruxelles dans laquelle l'intervention du législateur était « commandée par une nécessité d'ordre moral »¹⁷³¹.

919. La Convention de Bruxelles, ses Protocoles modificatifs et les Règles de Hambourg réduisent considérablement la liberté contractuelle des parties. En effet, leurs dispositions étant impératives, les opérateurs du commerce international qui se trouvent dans le champ d'application d'une de ces Conventions ne peuvent y échapper.

¹⁷²⁸ Otto Kahn-Freund, *The law of carriage by inland transport*, 4ème éd, Stevens Londres, 1965, p. 198 et s.

¹⁷²⁹ Et ce même dans les cas où les dommages subis par ces marchandises provenaient de sa négligence ou de celle de ses préposés.

¹⁷³⁰ René Rodière, *Les tendances contemporaines du droit privé maritime international*, RCADIP 1972, T 135, p. 408.

¹⁷³¹ René Rodière, op. cit.

920. La Convention de Bruxelles, même amendée, ne régit qu'une période et un espace restreint, limité à certaines marchandises et techniques de transport, et surtout à l'emploi de connaissements ou documents similaires négociables. Par contre, les Règles de Hambourg ont étendu très largement le champ d'application des dispositions impératives, qu'il s'agisse des opérations liées au voyage maritime, des contrats ou autres documents de transport négociables ou non, des personnes (transporteurs substitués ou successifs) ou marchandises concernées (animaux vivants, marchandises dangereuses), du type de transport (en pontée, par conteneur) ou encore en matière d'accord de compétence. Elles ont, en introduisant de nombreuses précisions par rapport aux textes précédents, porté un nouveau coup à la liberté contractuelle du transporteur.

921. Cette réglementation, loin de permettre une prévisibilité du droit applicable, est au contraire source d'imprévisibilité. Pourtant, le choix d'édicter une réglementation impérative en matière de transport international de marchandises par mer semble toujours d'actualité (même si le projet d'instrument de la CNUDCI fait davantage place à la liberté contractuelle). Les arguments classiques plaçant en faveur d'une réglementation internationale du droit du transport de marchandises par mer semblent remis en cause par le déséquilibre entre les chargeurs et les armateurs qui tend à disparaître (ou en tout cas à s'amoindrir), et par le fait, selon les tenants du néolibéralisme, que la globalisation¹⁷³², et sa conséquence une « société ouverte », assurent par le biais de l'égalité devant les règles juridiques le maximum d'équité entre les individus¹⁷³³.

Les opérateurs cherchant davantage de souplesse, dont la pratique repousse sans arrêt les frontières juridiques, ont élaboré de nouvelles formes contractuelles dont il faut se demander si celles-ci ne rendent pas désuète la réglementation impérative ?

2) Vers un dépassement de la législation internationale impérative par l'élaboration de nouvelles formes contractuelles par les opérateurs

922. Il apparaît évident que le régime juridique actuel des transports maritimes de marchandises ne peut faire face à tous les aspects pratiques du commerce international moderne. Les textes en vigueur ont gardé le principe du formalisme du connaissement alors que les ventes internationales de marchandises sont déjà passées à l'ère de l'électronique, de

¹⁷³² Cf. pour des développements sur la globalisation, supra n° 961 et s.

¹⁷³³ André-Jean Arnaud, *Entre modernité et mondialisation, cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, Droit et société, LGDJ Paris, 1998, p. 172.

l'informatique et de l'accomplissement des actes juridiques à distance. En marge de ces règles conventionnelles se sont alors développés des documents contractuels types, auxquels peuvent faire référence les parties telles que les Règles CMI 1990 relatives à la Lettre de transport maritime¹⁷³⁴ ou les Règles CMI relatives aux connaissements électroniques ou bien encore les Règles CNUCED-CCI relatives au document de transport multimodal¹⁷³⁵.

923. Il faut, en outre, souligner de nouvelles formes contractuelles qui dépassent la distinction classique entre contrat de transport et contrat d'affrètement, l'exemple type étant le contrat de service (services contracts) ou le contrat de tonnage.

924. Le contrat de service est apparu aux Etats-Unis. Il s'agit d'un contrat conclu par écrit pour une durée généralement déterminée entre un transporteur de ligne et un chargeur¹⁷³⁶. Ce contrat va fixer des taux de fret pour une période considérée (en général six mois) et sans révision possible (sauf la stipulation d'une clause de force majeure). Le chargeur s'oblige à livrer une quantité minimale de marchandises selon différentes cadences. Le transporteur s'engage lui à accomplir toute une série de services en ligne ou à réserver un espace suffisant sur des navires. Il n'y a pas encore d'usages s'agissant de ce contrat de service. Ce contrat peut être de facture différente. Il peut s'agir d'un contrat cadre suivi de contrats d'application (dans ce cas le premier contrat contient plutôt des accords commerciaux sur les prix, les contrats d'application étant eux les contrats de transport) ou d'un contrat prévoyant une opération unique. Dans ce dernier cas, il sera distingué du contrat de transport classique parce qu'il contient outre le déplacement de la marchandise, « la régularité, ponctualité et la prévisibilité financière du déplacement et des prestations annexes »¹⁷³⁷. Ce contrat de service ou ces contrats d'application qui en découlent peuvent être qualifiés soit de contrat de transport « si l'une des parties s'est engagée à prendre en charge des marchandises, à les déplacer d'un point à un autre et à les livrer à destination, au besoin sur une période déterminée » soit de contrat d'affrètement (au voyage) « si l'une des parties s'est engagée à mettre tout ou partie d'un navire à la disposition de l'autre, en vue d'une ou de plusieurs expéditions »¹⁷³⁸.

¹⁷³⁴ Au terme de l'article 1^{er} de ces Règles, « elles sont applicables lorsqu'elles sont prévues par un contrat de transport, écrit ou non, et qui ne fait pas l'objet d'un connaissement ou d'un document similaire formant titre ». Pour une étude de la Lettre de transport maritime cf. supra n° 253 et 602.

¹⁷³⁵ Les règles CNUCED-CCI relative au document de transport multimodal furent adoptées par le Comité exécutif de la CCI le 11 juin 1991 et demeurent une matière fondamentale pour les opérateurs du commerce international.

¹⁷³⁶ Philippe Delebecque, *Contrats de service : quelle qualification ?*, Gazette de la Chambre arbitrale maritime de Paris, n° 4, printemps 2004, p. 2-4.

¹⁷³⁷ Philippe Delebecque, *Contrats de service : quelle qualification ?*, op. cit. p. 4.

¹⁷³⁸ Philippe Delebecque, ibid.

L'identification de la nature de ces contrats est fondamentale car le régime qui leur sera applicable en dépend. Le contrat de transport étant soumis impérativement à des Conventions internationales et à des lois internes, les contrats d'affrètement étant régis par la liberté contractuelle (les dispositions de la loi du 18 juin 1966 et du décret du 31 décembre 1966 ont un caractère supplétif).

Le contrat de service, relativement méconnu de la doctrine, est fréquent et couvre de nombreuses opérations¹⁷³⁹. Celui-ci apparaît comme étant un contrat négocié puisque le chargeur négocie un volume de marchandises et des services sur une durée plus ou moins longue. Le Professeur Delebecque souligne pourtant que ce caractère négocié n'est que très théorique puisque « pour négocier il faut en avoir le temps et la capacité. Or, si les industriels ont la capacité de négocier et les structures pour le faire, ils n'en ont pas toujours le temps. A l'inverse, les chargeurs plus modestes en auraient le temps, mais le plus souvent les moyens leur font défaut »¹⁷⁴⁰. Ces contrats n'ont cependant pas encore suscité de contentieux ni étatique ni arbitral. Il est donc clair que ce type de contrat issu de la pratique des professionnels et laissant une large place à la liberté contractuelle apparaît adapté. Le Professeur Delebecque se demande si ce contrat de service ne pourrait être qualifié de contrat de commission, ce contrat ayant l'avantage de pouvoir couvrir plusieurs modes de transport et ainsi de rapprocher la législation applicable au transport international de marchandises par mer de celle applicable aux autres modes de transport. Un tel rapprochement ayant toujours été écarté à cause du caractère spécifique du droit maritime.

925. Un autre exemple de nouveau contrat est celui fourni par le contrat de tonnage. S'agissant de sa nature juridique, le Professeur Tassel souligne qu'« une alternative se présente : le rattacher au domaine de l'affrètement ou à celui du transport. Relèvent de la première catégorie les contrats rédigés sur une charte-partie pour le déplacement d'un tonnage précis de marchandises en vrac à effectuer en un certain nombre d'expéditions. Chaque expédition particulière donne lieu à l'application d'une charte-partie d'application ou d'un avenant. Dès qu'un navire identifié est nommé pour effectuer le déplacement, le tonnage enlevé est déduit du tonnage total et la charte-partie d'application ou l'avenant gère l'expédition et ses aléas. S'inscrivent dans la seconde catégorie les contrats de tonnage, souvent accessoires à des services de ligne régulière, qui ne mentionnent que de façon approximative le tonnage ou le nombre de voyage »¹⁷⁴¹. Le contrat de tonnage fait l'objet

¹⁷³⁹ Madame Odier estime à leur sujet qu'ils permettent un rétrécissement du régime conventionnel impératif.

¹⁷⁴⁰ Philippe Delebecque, *ibid.*, p.3.

¹⁷⁴¹ Yves Tassel, *Le contrat de tonnage*, Gazette de la Chambre arbitrale maritime de Paris, n° 7, avril 2005, p. 3.

d'une définition et de dispositions particulières dans le projet de Convention de la CNUDCI sous le qualificatif « contrat de volume » (article 1-2)¹⁷⁴². Ainsi du fait que ce contrat met en présence, lors des négociations contractuelles, « de gros chargeurs qui sont aussi capables de préserver leurs intérêts que les gros transporteurs »¹⁷⁴³, il pourra prévoir (à certaines conditions) des droits, obligations et responsabilités plus ou moins importants que ceux énoncés dans le projet de Convention (article 83 du projet CNUDCI). De telles dispositions auraient pu être reprises s'agissant du contrat de service, le problème qui se pose c'est que celui-ci peut aussi être utilisé pour de très petites quantités de marchandises. Il aurait ainsi été difficile de distinguer ceux qui sont négociés individuellement de ceux à qui le transporteur oppose ses clauses standards. Le projet s'applique donc impérativement à ces contrats (notamment les dispositions concernant la responsabilité du transporteur).

926. Il est, par conséquent, possible d'affirmer que l'existence de ces pratiques contractuelles développées par les opérateurs, manifeste leur besoin d'une plus large ouverture du recours à l'autonomie de la volonté, moyen permettant aux parties d'assurer la certitude du droit applicable à leurs rapports.

Paragraphe 2 - La mesure de l'intervention des Etats dans le contrat de transport international de marchandises par mer

927. La question de la nécessité de régir tout le contenu du contrat de transport international de marchandises par mer oblige à s'interroger sur la vocation de l'autonomie de la volonté à régir les relations individuelles (A). Il sera, ensuite, intéressant de se demander s'il n'y a pas d'autres méthodes pour déterminer le droit applicable à un litige international que celle de l'unification (B). Ces deux points permettront de mesurer le degré idéal d'intervention des Etats dans le contrat de transport international de marchandises par mer.

A - La possibilité pour les opérateurs du transport de régir librement leurs rapports juridiques

928. Face à l'échec constaté de l'intervention des Etats en ce domaine, ne faudrait-il pas laisser aux opérateurs la libre disposition du droit applicable à leurs contrats ?

¹⁷⁴² Les Professeurs Rodière et du Pontavice retiennent les deux qualificatifs, *Droit maritime*, op. cit, n° 286-1, p. 268.

¹⁷⁴³ Commentaire du Secrétariat de la CNUCED sur la liberté contractuelle du 17 février 2005, www.unctad.org, A/CN.9/WG.III/WP.46

Cette libre disposition s'opérant par le jeu de l'autonomie de la volonté (1) dont la vocation à régir le transport international de marchandises par mer doit être vérifiée (2).

1) La vocation de l'autonomie de la volonté à régir les relations individuelles

929. L'autonomie de la volonté peut-elle régir les contrats ? Une telle question amène à s'interroger sur le principe de l'autonomie de la volonté (a) avant de voir les difficultés que ce principe peut occasionner (b).

a) Le principe de l'autonomie de la volonté

930. Depuis le vingtième siècle, se manifeste une revendication de liberté, toujours plus grande, des tenants du capitalisme libéral¹⁷⁴⁴. Cette aspiration se manifeste en droit par la volonté de restaurer¹⁷⁴⁵ l'autonomie contractuelle¹⁷⁴⁶ en laissant toute liberté aux parties pour aménager leur contrat et définir le droit applicable à leur relation.

Le Professeur Chevallier estime à ce sujet que « le procédé contractuel a connu un spectaculaire renouveau, au point d'apparaître comme emblématique de la post-modernité juridique¹⁷⁴⁷, le contrat illustre pleinement en effet le passage d'un droit de commandement à un droit reposant sur le libre accord de volontés. Cette promotion du contrat a été particulièrement nette dans le domaine économique. L'évolution est sensible par rapport aux techniques traditionnelles d'encadrement par la voie réglementaire : l'Etat ne cherche plus à imposer sa volonté par la contrainte... »¹⁷⁴⁸.

En droit international privé, cette revendication est justifiée par l'idée que « la technique des conventions internationales est à utiliser par rapport à des matières qui présentent des besoins

¹⁷⁴⁴ Alors que le vingtième siècle a été, en matière économique, très influencé par les théories de John Maynard Keynes qui légitime le rôle volontariste de l'Etat dans la sphère économique, il est possible de constater à présent un retour des théories néoclassiques (développées par Cournot, Walras, Pareto...) selon lesquelles il ne faut pas entraver le libre jeu du marché. L'Etat ne doit pas intervenir car seul le libre jeu des comportements sur les marchés permet d'atteindre l'optimum économique. En pratique, il est possible d'observer en France et au sein de la Communauté européenne une combinaison de ces deux théories puisque si le libéralisme et la libre concurrence sont favorisés, l'Etat et la Communauté européenne développent leurs interventions dans l'économie par le biais de la régulation.

¹⁷⁴⁵ Jacques Mestre rappelait que le déclin de l'autonomie de la volonté était la modification majeure du droit des contrats depuis 1804 (date du Code civil). Yves Lequette, *L'évolution des sources nationales et conventionnelles du droit des contrats internationaux*, in Journées René Savatier, Poitiers 24-25 octobre 1985, PUF Paris, 1986, p. 190.

¹⁷⁴⁶ Il s'agit de l'autonomie juridique des personnes, c'est-à-dire l'aptitude à se donner ses propres normes et ses propres lois (ce que les Grecs qualifiaient d'auto-nómos).

¹⁷⁴⁷ Pour une étude plus complète de cette notion, cf. infra n° 945 et 965.

¹⁷⁴⁸ Jacques Chevallier, *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*. RDP 1998, p. 678.

marqués de réciprocité entre Etats »¹⁷⁴⁹ (droit de la famille par exemple) alors que dans le domaine du droit commercial « l'élément de réciprocité est absent ». Le commerce international requiert une certaine souplesse et une adaptabilité de la règle juridique qui s'accorde mal avec la stabilité et la rigidité inhérente au droit international privé conventionnel.

931. Cette aspiration à laisser la volonté humaine constituer sa propre loi semble antinomique avec la contrainte propre à la règle de droit. Si l'on se réfère à Kelsen, celui-ci considère le droit comme un ordre de contrainte : « un autre caractère distinctif commun aux ordres sociaux que l'on appelle droits, est que ce sont des ordres de contrainte, cette dernière expression voulant dire qu'ils réagissent par un acte de contrainte¹⁷⁵⁰ à certaines circonstances considérées comme indésirables parce que socialement nuisibles... »¹⁷⁵¹. La raison de cette contrainte est que le droit a une mission protectrice de la société. Toujours selon Kelsen, « si l'autorité juridique prescrit telle conduite humaine, c'est seulement pour la raison qu'à tort ou à raison elle la tient pour précieuse pour la communauté juridique des hommes. »¹⁷⁵². Carbonnier estime que « la loi a pour première fonction de procurer la sécurité à l'homme... que le droit est indispensable parce qu'il porte le glaive... et que c'est seulement par le glaive que peut être domptée l'agressivité inhérente aux êtres humains, que peut être établi un ordre, un compromis, fût-il précaire, entre l'avidité des uns et la convoitise des autres »¹⁷⁵³.

932. Il faut, dès lors, se demander si la sécurité juridique peut s'accommoder de la flexibilité inhérente à l'autonomie de la volonté ?

Selon Kegel¹⁷⁵⁴, il semble que la sécurité juridique soit essentiellement une question de prévisibilité. De ce fait, en droit international privé, peu importe la méthode employée par le juge pour déterminer le droit applicable au litige, du moment que ce raisonnement est prévisible et qu'il peut être effectué à l'avance par les parties¹⁷⁵⁵. En matière de contrats internationaux, la prévisibilité se manifeste par le fait que le juge prend en compte l'« attente légitime des parties »¹⁷⁵⁶, l'autonomie de la volonté étant considérée comme primordiale¹⁷⁵⁷.

¹⁷⁴⁹ Conférence de La Haye de droit international privé, actes et documents de la quatorzième session, t. 1, acte final, D 4, p. 63.

¹⁷⁵⁰ Par « acte de contrainte », Hans Kelsen entend « un mal tel que retrait de la vie, de la santé, de la liberté, de biens économiques et autres ». Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz Paris, 1962, p. 46.

¹⁷⁵¹ Hans Kelsen, *ibid.*, p. 46.

¹⁷⁵² Hans Kelsen, *ibid.*, p. 45.

¹⁷⁵³ Jean Carbonnier, *La loi en soi est-elle un mal ?*, in *L'hypothèse du non-droit*, XXX Séminaire organisé à Liège, les 21 et 22 octobre 1977, Liège 1978, p. 303 et 308.

¹⁷⁵⁴ G. Kegel, *The crisis of conflict of laws*, RCADI 1964, T 112, p. 91-268.

¹⁷⁵⁵ Catherine Kessedjian, *Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance pour les relations économiques transnationales*, RCADI 2002, T 300, p. 184 et 185.

¹⁷⁵⁶ Peter Nygh, *The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and tort*,

C'est le besoin de stabilité des transactions commerciales qui a fait de l'autonomie de la volonté une des règles fondamentales du droit du commerce international. Ce fondement a atteint son apogée à la fin du dix-neuvième siècle, lorsque les théories économiques libérales dominaient¹⁷⁵⁸. Le déclin de l'influence de la loi commerciale et l'importance croissante des lois nationales fondamentales régissant les contrats internationaux a posé le problème de la détermination du droit applicable au contrat, ce droit étant décisif s'agissant des questions relatives à la validité et à l'interprétation des clauses contractuelles¹⁷⁵⁹.

933. Le droit international privé laisse une très grande liberté aux parties, celles-ci peuvent même retenir une loi dépourvue de tout lien objectif avec leur opération. Les parties ont la possibilité de choisir aussi bien une loi ayant un lien effectif avec le contrat qu'une loi tierce¹⁷⁶⁰. Cette liberté, laissée aux parties, repose sur l'idée que leur choix n'est jamais arbitraire ou capricieux. Si elles désignent une loi apparemment sans lien avec l'opération envisagée, c'est sans doute qu'elles la connaissent et que cette loi leur paraît juste et adaptée au regard de leur rapport juridique. Ce peut être aussi parce que la loi désignée présente l'avantage d'être neutre par rapport à leur système économique et juridique respectif¹⁷⁶¹. La seule limite à cette grande liberté étant le respect imposé aux parties des dispositions impératives édictées par l'Etat auquel se rattache le contrat : la loi choisie par les parties s'impose à elles¹⁷⁶², ce qui permet d'éviter toute tentative de fraude dans le choix de la loi applicable. Savatier souligne à ce sujet que les parties ne peuvent écarter les dispositions à venir qui seraient applicables aux contrats en cours, ni réaliser un « métissage »¹⁷⁶³ du contrat en empruntant les règles applicables à des législations différentes.

Pourtant il s'avère que la Convention de Rome offre une telle possibilité aux parties puisque

RCADI 1995, T 251, p. 269-400.

¹⁷⁵⁷ C'est ce qui résulte tant du droit interne : d'après l'article 1134 du Code civil « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». La Cour de cassation précise que « la loi applicable aux contrats est celle que les parties ont adoptée ; à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux juges du fond de rechercher, d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants », Cass. Civ. 06/07/1959, RCDIP 1959, 708, note Batiffol. Sur le plan international il en est de même, cette solution résulte du droit conventionnel précédemment étudié, la Convention de Rome. Cf. supra n° 372 et s.

¹⁷⁵⁸ Courant néoclassique dont on distingue plusieurs écoles : l'école française avec Cournot, l'école de Lausanne avec Walras et Pareto, l'école anglaise avec Jevons, Marshall et Edgeworth, l'école viennoise avec Menger, Böhm Bawerk. Eric Bosserelle, *Economie générale*, Les fondamentaux Hachette supérieure Paris, 3^{ème} éd. 2003, p. 87.

¹⁷⁵⁹ Jan Lopuski, *Contrats maritimes internationaux et le problème de la liberté contractuelle*, DMF 1983, p. 337-344, p. 340.

¹⁷⁶⁰ C'est ce qui résulte de la Convention de Rome qui dispose que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties », article 3-1.

¹⁷⁶¹ Paul Lagarde, *Les contrats dans le projet suisse de codification du droit international privé*, Annuaire suisse de droit international, 1979, p. 74.

¹⁷⁶² Article 7-2 de la Convention de Rome, pour les développements sur les lois de police, cf. supra n° 383 et s.

¹⁷⁶³ Robert Savatier, *Cours de droit international privé*, 2^{ème} éd. 1953, p. 310 n°414.

l'article 3-1 leur permet de soumettre le fond du contrat à des lois différentes. Il apparaît ainsi que cet instrument conventionnel laisse une grande liberté de choix aux parties, afin que celles-ci optent pour des règles parfaitement appropriées à l'opération qu'elles projettent¹⁷⁶⁴. Le dépeçage permis par la Convention de Rome ayant aussi pour fonction de « faire respecter l'autorité des lois en vigueur dans les divers pays avec lesquels le contrat international présente des liens étroits »¹⁷⁶⁵. La possibilité de dépeçage du contrat et l'accroissement de l'autonomie de la volonté pour les parties qui en résulte, ne sont pourtant admissibles qu'entre opérateurs ayant le même poids. Il est sinon possible de craindre que le contractant fort n'abuse de sa position pour imposer un contrat injuste et déséquilibré.

934. Le contrat étant le moyen de traduire un accord de volonté et de consigner les engagements pris par les deux parties, on postule qu'il y a engagement réciproque des contractants et prestations équilibrées de ceux-ci qui sont placés sur un pied d'égalité. L'équilibre contractuel n'étant en effet que le débat d'individus dans une situation équilibrée. Or, le libre jeu des volontés individuelles n'assure pas automatiquement la satisfaction des intérêts généraux pas plus qu'il ne réalise nécessairement la conciliation équitable des intérêts particuliers. Le commerce international n'est pas un milieu homogène. Il est peuplé d'opérateurs d'importances et de puissances différentes. Dès lors, un contractant peut imposer sa volonté au plus faible et ce, sous le couvert d'un accroissement de l'autonomie de la volonté ou sous celui de l'« élégant manteau de la Lex Mercatoria »¹⁷⁶⁶.

Le principe de l'autonomie de la volonté pose alors difficulté.

b) Les difficultés engendrées par l'autonomie de la volonté

935. L'autonomie de la volonté des parties, combinée avec un usage largement étendu des contrats-types¹⁷⁶⁷, a conduit à un abus de la liberté contractuelle. Cet abus a pu intervenir à cause des positions commerciales inégales des parties contractantes et notamment de l'influence internationale des cercles d'armements et d'assurance. Il y avait un manque de

¹⁷⁶⁴ Ce dépeçage autorisé est soumis à certaines limites. D'abord, et c'est classique, il ne doit pas permettre de porter atteinte à l'autorité de la loi. Ensuite, le dépeçage ne doit pas ruiner la cohérence du contrat. Sur ce point cf. François Rigaux, *Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, Cahier de droit européen, 1988, p. 318.

¹⁷⁶⁵ Paul Lagarde, *Le dépeçage dans le droit international privé des contrats*, Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1975, p. 652.

¹⁷⁶⁶ Jean-Denis Bredin, *La loi du juge*, in *Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris Litec, 1982, p. 17.

¹⁷⁶⁷ La jurisprudence anglaise de l'époque, rétive à troubler les relations définies contractuellement, a permis l'élaboration de documents maritimes comportant un labyrinthe de clauses exonératoires élaborées d'une façon méticuleuse.

liberté contractuelle de la part d'une partie justifiant une restriction à l'autonomie de la volonté, afin de restaurer une égalité entre deux contractants dont l'un était en position de faiblesse (il était en position de faiblesse car il n'avait pas ou peu de possibilité d'influer sur le contenu du contrat). Lacordaire¹⁷⁶⁸ affirmait à ce propos qu'« entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit, la loi qui libère ».

Les Etats sont intervenus, que ce soit pour mettre l'activité contractuelle au service de l'économie, ou pour protéger la partie faible en cas de déséquilibre structurel entre contractants. En effet, permettre aux parties de construire librement leur modèle législatif paraît dangereux car le contrat est à la base du système économique et social des Etats. L'autonomie de la volonté risque d'être un moyen pour le contractant fort d'imposer au faible une loi dépourvue de dispositions protectrices. Comme le souligne le Professeur Larroumet, « c'est une chose de considérer le contrat comme un acte juridique, en ce sens que la situation juridique créée par les parties au contrat suppose une manifestation de volonté de leur part, et c'en est une autre d'admettre que la volonté de chaque contractant ne doit subir aucune entrave sinon la volonté de l'autre partie au contrat »¹⁷⁶⁹.

936. Il y a ainsi lieu de distinguer entre d'une part l'autonomie de la volonté et d'autre part la liberté contractuelle : l'autonomie étant le principe premier, d'où dérive, au second degré, la liberté contractuelle. Pourtant, l'autonomie de la volonté permettant aux parties de fixer à leur gré l'autonomie du contrat¹⁷⁷⁰ requiert préalablement que la personne soit libre de contracter ou non. La liberté contractuelle classiquement définie suppose, par conséquent, la liberté de contracter ou de ne pas contracter, la liberté de choisir la personne de son contractant et la liberté de déterminer le contenu du contrat¹⁷⁷¹.

937. Selon la distinction doctrinale faite entre contrats négociés et contrats d'adhésions¹⁷⁷², il s'agit de distinguer les contrats dans lesquels il y a une telle disproportion de puissance (que ce soit en raison d'une supériorité économique ou d'une position dominante) entre les parties qu'il ne peut y avoir de discussion entre les parties pour en déterminer les stipulations. Il en résulte que la partie faible se borne à adhérer à un contrat dont le contenu a été unilatéralement fixé par l'autre. L'intérêt de cette distinction étant que le contrat négocié est

¹⁷⁶⁸ Jean-Baptiste-Henri Lacordaire (1802-1861), dominicain français et un des plus brillants orateurs du dix-neuvième siècle.

¹⁷⁶⁹ Christian Larroumet, *Droit civil, Les obligations - Le contrat*, op. cit. , p. 90.

¹⁷⁷⁰ L'autonomie du contrat étant la possibilité pour les parties de déterminer elles-mêmes, et librement, leurs droits et obligations.

¹⁷⁷¹ Laurent Leveneur, *La liberté contractuelle en droit privé*, AJDA, 1998, p. 676.

¹⁷⁷² Cette distinction a eu un vif succès au début du vingtième siècle, l'impossibilité de donner un critère précis au contrat d'adhésion en a entraîné le déclin. On doit, entre autres auteurs, à George Berlioz, la résurrection de cette distinction. George Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, Thèse pour le doctorat en droit, Paris II, LGDJ, 1973.

en principe un contrat équilibré, qui ne nécessite pas d'intervention du législateur, les parties aménageant seules leurs rapports contractuels. Dans le contrat d'adhésion en revanche, l'important déséquilibre entre les contractants va nécessiter une intervention du législateur. Va alors être édictée une législation internationale, ordre public de protection, afin d'aménager le contenu de certains contrats pour protéger la partie considérée comme la plus faible. La jurisprudence va de même interpréter ces contrats dans un sens favorable à la partie la plus faible, en découvrant, par exemple, des obligations à la charge du contractant le plus puissant¹⁷⁷³. L'appréciation d'un déséquilibre entre les deux parties apparaît ainsi être une question de degré et d'importance de celui-ci.

L'autonomie de la volonté pose aussi problème lorsque justement les parties n'ont pas exprimé de choix. En effet, le commerce nécessite non seulement de la rapidité mais réclame aussi l'adéquation du droit applicable. Pourtant, en cas de silence des parties, il sera nécessaire de se référer aux règles de conflits. Sans revenir sur les défauts de la méthode conflictuelle,¹⁷⁷⁴ il faut insister sur le fait qu'elle règle un problème international par l'application du droit interne. En effet, même si la règle qui va être appliquée au litige pourra être une règle étrangère, il aura été fait application au préalable des règles de conflit françaises. Or, un contrat international n'est pas, comme le rappelle le Professeur Lequette, un contrat interne affecté d'un élément d'extranéité, mais une opération originale comportant des stipulations propres suscitant des difficultés inédites.

938. Laisser à l'autonomie de la volonté le soin de régler les rapports juridiques semble être un choix discutable qui va dépendre de la matière et des intérêts en cause. Qu'en est-il en matière de transport international de marchandises par mer ?

2) Le choix de la restauration totale ou partielle de l'autonomie de la volonté en matière de transport international de marchandises par mer

939. Le choix d'une réglementation internationale est-il toujours nécessaire ou ne serait-il pas souhaitable de laisser aux opérateurs du transport une totale (a) ou une partielle autonomie de leur volonté (b) ?

a) Une restauration totale de l'autonomie de la volonté

¹⁷⁷³ Ainsi en matière de contrat de transport de personnes, la jurisprudence française a découvert une obligation de sécurité de résultat, le transporteur ayant « l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination » (Cass. Civ. 21/11/1911, D périodique 1913, 1, 249, note Sarrut).

¹⁷⁷⁴ Cf. supra n° 81 et s.

940. La démarche classique, en droit international privé, pour déterminer le droit applicable à un litige, consiste à identifier parmi les dispositions des ordres juridiques avec lesquels une relation entretient des liens, celui ou ceux qui fourniront la réglementation¹⁷⁷⁵, ce procédé étant celui des conflits de lois. Cependant, en matière de contrats internationaux, on laisse aux parties le libre choix du droit applicable à leur contrat.

Il faut, par conséquent, chercher s'il y a une justification au caractère impératif de la réglementation internationale du transport de marchandises par mer qui empêche une restauration totale de l'autonomie de la volonté.

941. L'aspect du contrat de transport de marchandises qui pose le plus de difficultés et qui est le plus important est celui de la responsabilité du transporteur. Il s'agit d'un aspect régi impérativement tant par la Convention de Bruxelles¹⁷⁷⁶ que par les Règles de Hambourg¹⁷⁷⁷ ; se pose alors la question de savoir pourquoi cette responsabilité du transporteur est imposée ? Les Etats ont opté pour une réglementation impérative de la matière au début du vingtième siècle. A cette époque, l'assurance n'existait pas, ou en tout cas, était moins répandue que de nos jours¹⁷⁷⁸. Il apparaît alors, que cette législation permettait de réaliser un système de partage des risques. Il paraît équitable de faire peser sur le transporteur la charge de la perte si ce dernier a causé le dommage par dol ou négligence. D'un autre côté, « la mer est souvent cruelle et l'on ne saurait, sans multiplier de façon anti-économique les précautions contre ses sautes d'humeur, en mettre tous les effets à la charge des armateurs »¹⁷⁷⁹.

942. Cette justification du caractère impératif des dispositions relatives à la responsabilité du transporteur n'apparaît plus aussi recevable, puisque s'il est un domaine dans lequel l'assurance est répandue depuis longtemps c'est bien le domaine maritime. Comme le soulignent Messieurs Rodière et du Pontavice, « elle ne règne nulle part comme sur la mer. La branche transport des compagnies d'assurances qui opèrent dans tous les domaines accuse couramment des rentrées de primes quatre fois plus élevées dans le domaine maritime que pour l'ensemble des autres modes de transport (routiers, ferroviaires, fluviaux et

¹⁷⁷⁵ Yves Lequette, *L'évolution des sources nationales et conventionnelles du droit des contrats internationaux*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier du 24-25 octobre 1985, p. 186 et s.

¹⁷⁷⁶ Article 2 de la Convention de Bruxelles. Selon l'article 5 de cette même Convention le transporteur pouvant simplement « abandonner tout ou partie de ses droits ou exonérations ou augmenter ses responsabilités et obligations ».

¹⁷⁷⁷ La responsabilité du transporteur fait l'objet de la deuxième partie des Règles de Hambourg.

¹⁷⁷⁸ Sjur Braekhus, *Possibilité d'établir une réglementation uniforme de la responsabilité des transporteurs, eu égard aux différents moyens de transport*, in *l'Unification du droit*, Actes du congrès international de droit privé tenu à Rome en juillet 1950, Rome éd. Unidroit, 1977, p. 260 et 261.

¹⁷⁷⁹ René Rodière, *Les tendances contemporaines en droit privé maritime international*, op. cit. , p. 409.

aériens) »¹⁷⁸⁰. L'assurance maritime réalise une répartition des risques, les assureurs répartissant eux-mêmes les risques élevés dus à l'énorme valeur des cargaisons (c'est entre autres pour cette raison que les Conventions internationales contiennent un mécanisme de limitation de la responsabilité du transporteur) par un mécanisme de réassurance¹⁷⁸¹.

943. Cette réglementation impérative de la responsabilité du transporteur pourrait aussi avoir un but prophylactique en amenant les transporteurs à être diligents et en permettant ainsi de réduire les dommages causés par dol ou négligence. Cet argument n'apparaît pas pertinent puisque cette réglementation uniforme n'a pas, si on se réfère à la jurisprudence, supprimée les cas de dommages causés par le dol ou la négligence du transporteur. De plus, le transporteur, même en l'absence d'un régime impératif le rendant responsable de son dol ou de sa négligence, aura tout intérêt à éviter de tels comportements s'il veut rester en relation d'affaire avec son contractant et s'il ne veut pas que de tels comportements entachent sa réputation.

944. Il apparaît que les arguments fondant l'existence d'une réglementation impérative du transport international de marchandises par mer sont peu solides. Pourtant une éventuelle dérégulation ne pourrait servir les intérêts du libéralisme économique qu'à la condition que la loi du marché soit équilibrée.

Il est pourtant possible de trouver une remise en cause de cet impératif d'équilibre ou en tout cas de cette vocation de la loi ou des conventions internationales à assurer ou rétablir cet équilibre. Maître Patrick Simon fait ainsi remarquer que les contrats entre individus ne sont pas faits pour corriger les inégalités qui peuvent exister entre eux mais pour permettre un échange dans lequel chaque partie trouvera son intérêt. Au soutien de cette thèse, il pointe un effet pervers de cette intervention de la loi ou des conventions internationales pour rétablir l'équilibre entre contractants inégaux. Il estime que « s'il y a une partie plus faible que l'autre, elle aura intérêt à ce que règne la plus grande concurrence possible sur le marché. Or, les lois censées « rééquilibrer » les choses au profit du plus faible ont pour effet d'éliminer du marché l'offre des moins forts. L'offre diminue donc au profit des plus forts... »¹⁷⁸². Cette analyse est intéressante. Elle ne peut pourtant pas être retenue en matière de droit du transport international de marchandises par mer. D'une part, parce que l'aspiration des Conventions internationales portant sur la matière à trouver un équilibre entre contractants peut se justifier par le caractère stratégique du transport maritime de marchandises. D'autre part, parce que

¹⁷⁸⁰ René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, op. cit. n° 519, p. 496.

¹⁷⁸¹ Entreprises de réassurance qui assurent les assureurs.

¹⁷⁸² Patrick Simon, *La main invisible et le droit*, Belles Lettres Paris, 1992, 291 p.

l'offre qui diminue au profit du plus fort peut aussi être un effet pervers de la loi du marché, les entreprises étant naturellement poussées à se développer dans un environnement concurrentiel et peuvent, par le biais d'achats ou de fusions, avoir une position très forte voire de monopole sur une ligne, cette position de force justifiant une intervention des Etats afin d'éviter les abus de ce cocontractant fort et de rétablir l'égalité.

945. L'égalité prônée par les auteurs néo-libéraux est une égalité abstraite devant une loi abstraite, or, l'application de la loi du marché entraîne des inégalités. Dès lors, on ne peut que partager l'analyse de Monsieur Sauter sur la post-modernité : « que les pessimistes se trompent, cela ne prouve pas que les optimistes aient raison. Décrire l'avenir de notre civilisation comme le retour de la barbarie peut être un contresens. Cela ne justifie en rien le règne sans partage des lois de marché sur le destin de l'humanité »¹⁷⁸³. Même s'il semble y avoir moins de déséquilibre entre chargeurs et transporteurs, celui-ci a été remplacé par un déséquilibre entre opérateurs indépendants et multinationales. Les Conventions internationales apparaissent dès lors toujours comme le moyen d'instaurer une certaine équité en cette matière. Il semble alors difficile de laisser aux opérateurs une totale liberté de choix de la loi, ou même de la règle matérielle applicable à leur litige, dans un domaine où chaque législateur a une conception différente des intérêts à protéger. Se pose ainsi la question de la possibilité d'une intensification du rôle de l'autonomie de la volonté en ce domaine ?

b) Une intensification du rôle de l'autonomie de la volonté

946. En matière de droit du transport international de marchandises par mer, l'autonomie de la volonté est limitée. Les parties sont tenues par une réglementation internationale impérative qui va leur imposer des obligations. Les parties conservent toutefois une part d'autonomie de leur volonté puisqu'elles peuvent librement fixer les obligations qui ne sont pas visées par les Conventions internationales. Elles conservent, en outre, la liberté de contracter ou non, il s'agit de la liberté contractuelle. Pourtant, cette réglementation internationale peut paraître contraignante, surtout dans la matière étudiée qui est une branche du commerce international. Se pose alors la question de savoir s'il serait possible de limiter la part de réglementation impérative afin de restaurer davantage l'autonomie de la volonté ?

947. Les rapports entre les lois internationales impératives et le jeu de la volonté privée mériteraient une réflexion internationale. Il serait souhaitable d'arriver à un compromis entre

¹⁷⁸³ Marc Sautet, *Un café pour Socrate*, Robert Laffont Paris, 1995, p. 15.

l'autonomie de la volonté et les textes impératifs. Il semble clair qu'une partie des conflits entre Conventions internationales pourrait être prise en charge par le choix des parties. Comme le souligne le Professeur Tassel, « la question de la place de l'autonomie de la volonté dans les activités maritimes est réelle. Si trop de libéralisme conduit à l'écrasement des moins forts et aux situations de monopoles et d'abus, trop de dirigisme ne constitue pas le remède correct. Il faut sans doute rechercher des voies médianes mais surtout vérifier les concepts sur lesquels la production du droit s'appuie : liberté de choix ou concurrence, équité, équilibre. »¹⁷⁸⁴.

Le contrat de transport de marchandises par mer est un ensemble qui contient différentes dispositions¹⁷⁸⁵. La question qui se pose est de savoir s'il faut unifier tout le contenu du contrat de transport. C'est la question de la délimitation de l'objet de l'unification.

A ce sujet, les règles impératives doivent être distinguées des règles dispositives et, partant supplétives, de la convention « unifiante ». En ce qui concerne celles impératives, leur adoption dans la convention internationale, puis leur insertion dans les législations nationales sont justifiées par des considérations d'intérêt public (ordre public économique ou social), notamment, souvent, par un arbitrage entre les intérêts privés divergents des parties au contrat. Un tel arbitrage des intérêts, réalisé et imposé de l'avis des parlements de plusieurs Etats, ne saurait être remis en cause par des personnes privées qui, par le jeu de l'autonomie de la volonté, obligerait le juge à faire fi de cet équilibre des intérêts. En effet, le juge ne peut se substituer au législateur qui a seul pour tâche de peser et d'équilibrer les intérêts privés opposés.

948. Il aurait pourtant été imaginable de laisser aux parties une plus grande autonomie de la volonté et de permettre au juge de garantir une certaine équité, un certain équilibre des rapports contractuels. Une telle solution est valable en droit interne mais pas en droit international. En droit interne, la présence d'une Cour supérieure et le sentiment de hiérarchie des magistrats permet une harmonisation de la jurisprudence qui serait impossible en matière internationale car il n'existe pas de cour de justice supranationale qui pourrait harmoniser les décisions judiciaires en ce domaine.

En revanche, en ce qui concerne les règles dispositives de la convention, celles-ci ne seront applicables qu'en l'absence de dispositions divergentes contenues dans le contrat. Il est dès lors évident que la préférence doit être donnée à la volonté des parties, non seulement telle

¹⁷⁸⁴ Yves Tassel, *Le droit maritime, un anachronisme ?*, op. cit., p. 7.

¹⁷⁸⁵ Le contrat de transport de marchandises par mer peut, entre autres éléments, contenir : les obligations à la charge des différentes parties, responsabilité de celles-ci, le lieu et la loi compétente pour le litige...

qu'elle résulte du texte du contrat mais aussi telle qu'elle ressort de leur volonté implicite de choisir le droit national.

949. Tant la Convention de Bruxelles que les Règles de Hambourg contiennent des dispositions impératives et dispositives¹⁷⁸⁶. Ces Conventions laissent ainsi place à une certaine forme de liberté contractuelle. En effet, ces Conventions d'unification du droit substantiel ont un champ d'application limité¹⁷⁸⁷. Un droit uniforme des relations internationales dans une matière donnée ne supprime pas tout problème de droit international privé. Les conflits de lois subsistent pour les questions non traitées ou pour lesquelles les Etats contractants n'ont pas pu se mettre d'accord mais aussi pour toutes les matières expressément exclues du champ d'application de la Convention. C'est le cas des contrats « proches du contrat de transport » comme le contrat d'affrètement ou de tonnage¹⁷⁸⁸. C'est encore le cas en matière de contrat de transport pour les transports non constatés par un connaissance ou non constatés par un document similaire formant titre pour le transport des marchandises par mer, ou pour les transports d'animaux vivants et les transports de marchandises en pontée, ou encore pour les transports spéciaux (ces trois derniers cas laissés hors du champ de la Convention de Bruxelles¹⁷⁸⁹ sont toutefois visés par les Règles de Hambourg¹⁷⁹⁰ et par le projet de Convention de la CNUDCI¹⁷⁹¹).

950. En matière de transport international de marchandises par mer, c'est encore le cas par exemple des clauses de compétence. Ces clauses de compétence concernent le problème des conflits de juridiction¹⁷⁹². Ni la Convention de Bruxelles de 1924 ni ses différents Protocoles modificatifs n'ont réglé le problème des clauses de compétence. Ceci a ouvert la voie à l'application de telles clauses dans les connaissements qui favorisent la position de l'armateur. Ce problème des clauses de compétence est d'autant plus important qu'il est assez rare qu'un connaissance ait été émis sans que soit prévue une clause compromissoire¹⁷⁹³ ou attributive

¹⁷⁸⁶ Il est possible de considérer que la faculté pour les parties d'aggraver la responsabilité du transporteur ou de fixer des limites de responsabilité supérieures à celles prévues par les Conventions constitue une règle dispositive. Article 5 de la Convention de Bruxelles et article 6-4 des Règles de Hambourg.

¹⁷⁸⁷ Par exemple la Convention de Bruxelles de 1924 n'a vocation à régir que les contrats de transports internationaux de marchandises par mer constatés par un connaissance ou un document similaire négociable.

¹⁷⁸⁸ Le contrat de tonnage ou contrat de volume est un transport maritime de grandes quantités en plusieurs voyages. C'est donc une promesse de passer le nombre de contrats d'affrètement nécessaire à l'évacuation de la marchandise. René Rodière et Emmanuel du Pontavice, *Droit maritime*, op. cit., n°286-1, p. 268.

¹⁷⁸⁹ Article 1-c et article 6 de la Convention de Bruxelles.

¹⁷⁹⁰ Article 1-5, 5-5 et 9 des Règles de Hambourg.

¹⁷⁹¹ S'agissant du transport en pontée il s'agit de l'article 26 (qui énumère les cas dans lesquels des marchandises peuvent être transportées en pontée), pour le transport d'animaux vivants et les transports spéciaux il s'agit de l'article 84 du projet.

¹⁷⁹² Alors que le conflit de lois concerne le problème de la détermination de la loi applicable au litige, le conflit de juridictions concerne lui la détermination du tribunal compétent pour le trancher.

¹⁷⁹³ Pour une étude de ces clauses cf. supra n° 475, 664 et 718.

de juridiction. Cette question des clauses attributives de juridiction n'étant pas réglée au plan international, les Etats et leurs tribunaux ont dû prendre position sur celle-ci.

La France leur reconnaît une validité de principe mais les tribunaux, étant donné que ces clauses sont exorbitantes du droit commun, les admettent de façon restrictive. Les Règles de Hambourg, quant à elles, autorisent expressément ces clauses¹⁷⁹⁴, comme d'ailleurs la législation communautaire¹⁷⁹⁵, ainsi que le projet d'instrument CNUDCI¹⁷⁹⁶. Il en résulte que tous les aspects juridiques du transport international de marchandises par mer au sens large ne sont pas unifiés. De plus, ainsi qu'il l'a déjà été dit, même les aspects régis par le droit conventionnel ne font pas l'objet d'un traitement universel car beaucoup d'instruments ne sont ratifiés que par un nombre restreint d'Etats. C'est par exemple le cas des Règles de Hambourg.

951. Pourtant les développements précédents ont montré que l'autonomie de la volonté était limitée¹⁷⁹⁷. Quel doit être dans ce cas l'étendue des règles impératives ?

Il paraît évident qu'il faille imposer les règles relatives à la réparation, et notamment celles relatives à la responsabilité du transporteur, même si l'impératif de protection des chargeurs n'apparaît plus aussi pertinent¹⁷⁹⁸. Le caractère impératif des règles portant sur la responsabilité du transporteur peut se justifier par la nécessité de répartition des risques et des coûts. En revanche, cet impératif d'unification est beaucoup moins évident pour d'autres éléments du contrat de transport international de marchandises par mer. Le choix d'une législation largement impérative applicable à ce contrat était lié à une phase historique et économique. Les conditions économiques se sont largement modifiées depuis cette époque.

A l'heure actuelle, les partisans d'une uniformisation du contrat de transport international de marchandises par mer invoquent la perte de spécificité du droit du transport maritime¹⁷⁹⁹. Ils s'appuient sur le fait que les nouvelles normes techniques dans la construction, la sécurité du navire ainsi que dans les communications, ont fait disparaître une partie des risques de mer. Ils arguent, en outre, de l'attrait exercé par les transports multimodaux auprès de la clientèle des chargeurs. Ils souhaitent en conséquence un alignement des règles maritimes sur celles des autres types de transport, notamment quant au régime et à la limitation de responsabilité des transporteurs. Un tel rapprochement apparaît souhaitable et à l'évidence, inévitable, mais

¹⁷⁹⁴ Article 21 des Règles de Hambourg.

¹⁷⁹⁵ Règlement CE 44/2001, art. 23.

¹⁷⁹⁶ Article 70.

¹⁷⁹⁷ Cf. les développements sur l'uniformisation par le biais contractuel supra n° 559 et s.

¹⁷⁹⁸ Le Professeur Delebecque parle à ce sujet de « position de force retrouvée des chargeurs » in *Le projet CNUDCI d'instrument sur le transport de marchandises par mer*, DMF 2003 n° 642, p. 918.

¹⁷⁹⁹ Cf. développements précédents sur le « particularisme du droit maritime », supra n° 901.

ne semble pas favoriser la restauration d'une plus grande autonomie de la volonté dans le contrat de transport international de marchandises par mer. De surcroît, il semble erroné de nier toute spécificité au transport maritime. La traversée maritime demeure toujours une « expédition » et les risques de mer sont toujours plus grands et plus fréquents que ceux encourus lors des autres transports. Ce problème du risque, et donc de l'incertitude, s'il doit être exclu du domaine juridique, apparaît comme le compagnon indissociable du commerce. Généralement, la réussite est à la hauteur du danger. Il ne faut pas oublier que c'est à ce prix que chargeurs et armateurs ont fait, dans le passé, du commerce maritime une entreprise florissante. Dès lors, le législateur doit prendre garde de préserver une importante liberté contractuelle. Il appartient à chacun de calculer ses propres risques, même s'il est évident que doivent subsister des gardes-fous. Le maintien d'un minimum d'équilibre entre les intérêts des chargeurs et ceux des transporteurs apparaît nécessaire.

Les Etats et la doctrine maritimiste n'ont cherché de réponse à cette préoccupation qu'en diminuant progressivement la liberté des parties au contrat de transport, cette réduction s'opérant généralement aux dépens des transporteurs.

952. Le projet de Convention de la CNUDCI semble lui rétablir un certain libéralisme en renforçant le rôle de l'autonomie contractuelle¹⁸⁰⁰. Pour reprendre la distinction entre contrats négociés et ceux non-négociés, il apparaît que pour la première catégorie de contrats la réintroduction du libéralisme apparaît souhaitable. Celle-ci apparaît cependant catastrophique pour la seconde catégorie de contrats.

Ces propos doivent être relativisés car le projet de Convention de la CNUDCI n'a pas vocation à être supplétif et réglemente largement le transport maritime¹⁸⁰¹. Malgré cela, certaines de ses dispositions réintroduisent une certaine forme de liberté contractuelle. Le projet d'instrument permet, par exemple, aux parties de mettre à la charge du chargeur certaines obligations relatives à la marchandise¹⁸⁰². De même, la durée de la responsabilité du transporteur s'étend de la réception de la marchandise jusqu'à sa livraison, mais la réception et la livraison s'entendent conformément aux prévisions contractuelles¹⁸⁰³.

Ce projet semble être une avancée par rapport aux Règles de Hambourg puisque les rédacteurs du projet ont abordé le thème de la liberté contractuelle et ont voulu tenir compte de la revalorisation du contrat en tant que technique d'organisation des rapports sociaux. Les

¹⁸⁰⁰ Cf. supra n° 519 et s.

¹⁸⁰¹ L'étendue de la responsabilité du transporteur est, par exemple, régie impérativement.

¹⁸⁰² « Nonobstant le paragraphe 1 du présent article et sans préjudice des autres dispositions du chapitre 5 et des chapitres 6 à 8, les parties peuvent convenir que le chargement, la manutention, l'arrimage ou le déchargement des marchandises seront exécutés par le chargeur... », Article 14-2.

¹⁸⁰³ Article 12-3.

rédacteurs de ce projet se sont posés la question de savoir ce qu'il fallait uniformiser, et laissent à plusieurs reprises, soit aux usages du commerce international, soit à l'autonomie de la volonté ou encore à la méthode des conflits de lois, le soin de régler des aspects du contrat¹⁸⁰⁴.

Il est pourtant possible de se demander si ce projet n'aurait pas pu laisser plus de place à la liberté contractuelle ? Par exemple y a-t-il lieu d'uniformiser et de rendre impératives les dispositions liées à la question du retard et à l'évaluation de sa réparation¹⁸⁰⁵ ?

953. Le retard est un préjudice commercial, indépendant d'une perte ou d'une avarie. Il semble que de ce fait il devrait être laissé à une auto-régulation par le marché. Les compagnies de transport maritime, regroupées en multinationales, se livrent une bataille commerciale. La technologie et la réduction des aléas de l'exploitation maritime leur permet de promettre l'arrivée à bon port des marchandises à une date précise. Elles ont donc tout intérêt, pour attirer la clientèle, à lui garantir une indemnisation en cas de retard. De même, si un préjudice du fait d'un retard à la livraison de la cargaison peut être considérable pour un certains types de marchandises¹⁸⁰⁶, il peut être sans importance pour d'autres catégories de marchandises. Dès lors, il serait possible d'envisager une réduction du coût du transport proposée par le transporteur au chargeur en contre-partie du fait que ce dernier supporterait les risques d'un éventuel retard. Cet élément met bien en valeur la relativité des choses : le besoin d'avoir une réglementation impérative protectrice va dépendre à la fois de ce que l'on transporte, de qui transporte, de qui fait transporter, d'où on transporte...

954. Au final la matière est tellement sensible et importante qu'il est compréhensible que les Etats aient fait le choix de sacrifier la liberté contractuelle dans certains rapports pour essayer de trouver un équilibre en matière de transport maritime.

Malgré cela, il est clair que ce projet constitue un progrès par rapport aux textes précédents et semble un meilleur compromis entre liberté contractuelle et texte impératif. Ce texte n'est

¹⁸⁰⁴ Philippe Delebecque, *Le projet CNUDCI d'instrument sur le transport de marchandises par mer*, op. cit. , p. 939.

¹⁸⁰⁵ Il a été vu que la Convention de Bruxelles et ses différents Protocoles n'avaient pas abordé de façon spécifique la question du retard. Il a fallu une interprétation extensive des juridictions nationales pour que les dommages résultant du retard soient réparés (Cass. Com. 29/05/1990, BT 1990, p. 585). Les Règles de Hambourg et l'article 5-1 prévoient la responsabilité du transporteur en cas de retard à la livraison lorsque le délai contractuel ou celui résultant des usages n'est pas respecté. Le projet de Convention de la CNUDCI adopte des dispositions très proches puisqu' « il y a retard de livraison lorsque les marchandises ne sont pas livrées au lieu de destination prévu dans le contrat de transport dans le délai expressément convenu ou, en l'absence d'une telle convention, dans le délai qu'il serait raisonnable d'attendre d'un transporteur diligent, compte tenu des clauses du contrat, des coutumes, pratiques et usages du commerce et des circonstances du voyage » (article 22).

¹⁸⁰⁶ L'ayant droit peut souffrir d'une impossibilité d'usage des marchandises sur le marché ou d'une baisse de sa valeur sur le marché.

cependant pas achevé et seul l'avenir dira s'il fera l'objet de suffisamment de ratifications pour que l'harmonisation recherchée soit atteinte.

Les limites de l'unification conventionnelle et les difficultés engendrées par une restauration de l'autonomie de la volonté conduisent à rechercher s'il n'existe pas d'autres méthodes pour régir le contrat de transport international de marchandises par mer.

B - La recherche de méthodes nouvelles pour régir le transport international de marchandises par mer

955. A côté de la méthode de l'unification et celle de l'uniformisation, il y a celle de la coordination (1) et celle de l'harmonisation (2).

1) La coordination

956. Puisqu'il semble difficile d'arriver à une unification ou une uniformisation du droit applicable au transport international de marchandises par mer, l'exploration d'autres voies s'impose. Il appert que « la perpétuelle recherche d'uniformisation fondée souvent sur la recherche de la rationalité relève d'une utopie, et présente le même danger que la recherche de la pureté. Il est évident que la seule méthode de l'uniformisation n'est pas satisfaisante. Il est vrai qu'à cette méthode répond celle de la coordination »¹⁸⁰⁷.

La méthode de la coordination part des ordres nationaux qui doivent chercher des solutions pour résoudre les éventuels conflits internationaux entre les lois. Cette coordination entre normes étatiques utilise la méthode des conflits de lois. Le problème que pose cette méthode, c'est que chaque Etat propose son propre système de coordination. Ensuite, chaque Etat a une possibilité de refuser l'application de la loi étrangère ainsi désignée par le biais de l'ordre public international. Il faudrait par conséquent que les Etats s'entendent pour unifier au plan international ces méthodes de coordination, cette entente ne pouvant se faire que par le biais d'une convention internationale très largement acceptée. Il s'agirait d'une méthode conjuguant à la fois l'unification et la coordination en une coordination ordonnée, cette coordination aboutissant à la création d'un réseau de règles de droit devant être de source internationale. Au plan international, cette coordination généralisée apparaît difficilement réalisable. En effet, les règles de droit international privé étant de source nationale, il semble

¹⁸⁰⁷ Sylvaine Poillot Peruzetto, *Réflexion sur les méthodes de coordination/unification dans le cadre de l'évolution des ordres juridiques*, op. cit. p. 3.

difficile d'arriver sur ce plan à un large consensus entre les Etats. Pourtant, à l'heure actuelle, sont applicables en France plusieurs règles de coordination d'origine communautaire¹⁸⁰⁸. Ce rôle de l'ordre communautaire va être abordé postérieurement¹⁸⁰⁹. Entre l'unification et la coordination, il existe un autre degré de rapprochement des législations et un autre moyen d'assurer un minimum de prévisibilité de la loi applicable à un rapport international, il s'agit de l'harmonisation.

2) L'harmonisation

957. Le processus d'harmonisation consiste à exiger une proximité des normes nationales à un modèle édicté au plan international. Une des meilleures illustrations de cette technique de loi modèle est la Loi modèle sur l'arbitrage de la CNUDCI¹⁸¹⁰ qui forme à présent les bases du droit de l'arbitrage dans un nombre substantiel d'Etats¹⁸¹¹. Comme le souligne le Professeur Von Ziegler : « possible harmony is often better than impossible uniformity »¹⁸¹². Cette solution aurait pour avantage de préserver le pluralisme, de permettre aux Etats d'adopter cette norme à des spécificités nationales ou à leurs impératifs nationaux tout en assurant une certaine harmonie entre ces normes constitutives d'un ordre juridique.

Pour le Professeur Delmas-Marty, ce ne serait pas « un pluralisme de juxtaposition à la manière américaine, mais un pluralisme ordonné qui consiste à rendre compatible ces différences »¹⁸¹³. Cette technique de l'harmonisation permettrait ainsi de lutter contre la tendance à imposer l'uniformité dans des domaines où elle n'est ni nécessaire ni souhaitée. Cette tendance à l'uniformité tenant au fait qu'il est plus simple au plan technique pour le législateur d'unifier que d'apprendre à ordonner le multiple. Cette harmonisation pourrait aussi être le fait d'instruments non contraignants tels que des contrats-types, guides ou

¹⁸⁰⁸ Il s'agit principalement de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980 et de la Convention de Bruxelles sur la compétence internationale et la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale du 27 septembre 1968. Ces Conventions ayant été adoptées grâce à l'article 10 du Traité de Rome du 25 mars 1957 qui a prévu que « le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont une incidence sur l'établissement et le fonctionnement du Marché commun ».

¹⁸⁰⁹ Cf. infra n° 970 et s.

¹⁸¹⁰ Loi-type du 21 juin 1985, documentation des Nations unies, A/40/17.

¹⁸¹¹ Patrick J. S. Griggs, *Obstacles to uniformity of maritime law*, CMI yearbook 2002, p. 170.

¹⁸¹² Alexander Von Ziegler, *Alternatives and methods of unification or harmonization of maritime law*, *Il diritto marittimo* 1999, p. 237. Ce qui signifie qu'une possible harmonisation est souvent meilleure qu'une uniformité impossible (traduction de l'auteur).

¹⁸¹³ Mireille Delmas-Marty, *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel Paris, 1996, p. 98.

principes de conduite¹⁸¹⁴. Ceux-ci présentant l'inconvénient d'être soumis aux différentes législations internationales ou nationales qui auront à régir le litige, il peut en résulter des divergences d'application. En outre, l'histoire et notamment l'échec des Règles de La Haye, a démontré l'échec des instruments non contraignants en matière de droit du transport international de marchandises par mer.

958. Sur le plan pratique, cette harmonisation pourrait d'abord se faire au niveau régional par le biais de l'élaboration de lois-types. Il s'agirait de conventions internationales porteuses de « lois modèles » en matière de commerce international et destinées à être transposées par des lois nationales. Il existe quelques exemples de ces instruments souples. A cet égard, il est possible de citer les lois-types élaborées sous l'égide de la CNUDCI¹⁸¹⁵.

Les codes nationaux pourraient ainsi constituer une première étape dans un processus d'harmonisation législative, processus qui passera par la régionalisation et finira par la mondialisation lorsque les Etats adopteront les principes impératifs d'un ordre économique international équilibré. Se trouve ainsi soulevée la question de l'étendue territoriale de l'unification du contrat de transport international de marchandises par mer.

¹⁸¹⁴ Ces possibilités d'uniformisation du droit ont déjà été traitées, cf. supra n° 565 et s.

¹⁸¹⁵ La CNUDCI a mis en place la loi-type sur le commerce électronique, sur la signature électronique et sur l'arbitrage commercial international qui sont à la base de nombreuses législations. Respectivement Résolution adoptée par l'Assemblée générale, 51/162, Loi-type sur le commerce électronique adoptée par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international. Résolution adoptée par l'Assemblée générale, 56/80, Loi-type sur les signatures électroniques de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international. Loi-type sur l'arbitrage commercial international de 1985.

Section II – Le niveau d'unification du droit du transport international de marchandises par mer

959. L'uniformité du droit peut être atteinte à des niveaux différents. Historiquement, il y a d'abord l'unification nationale qui est celle qui se réalise « à l'intérieur des frontières d'un Etat politiquement unifié ou en voie de réaliser son unification, et dont le droit est encore morcelé »¹⁸¹⁶. La France en est un exemple topique. Le pluralisme juridique fut très tôt étouffé par le centralisme monarchique.

Puis, il y a l'unification universelle qui est un idéal d'uniformité des législations. Entre ces deux niveaux, se développe l'unification régionale. L'unification régionale est celle « qui se manifeste au sein de pays politiquement indépendants mais unis par certaines affinités économiques ou idéologiques »¹⁸¹⁷.

960. L'unification globale du droit paraît souhaitable pour procurer aux opérateurs du commerce international la prévisibilité de la règle de droit dont ils ont besoin, en quelque lieu que se déroulent leurs activités. Cette affirmation est particulièrement exacte s'agissant du droit du transport maritime de marchandises et ce, à cause du caractère international de la matière. Pour éviter des conflits de lois et assurer une sécurité juridique indispensable aux acteurs du transport maritime, le droit du transport international de marchandises par mer a donc développé, et même revendiqué, une vocation universelle.

L'unification globale est-elle possible (paragraphe 1) et celle-ci peut-elle être précédée ou complétée par une unification régionale (paragraphe 2) ?

Paragraphe 1 - Le mythe d'un droit unifié global

961. La possibilité ou non d'unifier le droit est une question qui divise la doctrine depuis le début du vingtième siècle. On est passé sur ce point d'une affirmation de la possibilité d'un droit universel (A) à des théories post-modernes du droit mettant en exergue la relativité de celui-ci (B).

¹⁸¹⁶ Jean Limpens, *Relations entre l'unification au niveau régional et l'unification au niveau universel*, Revue internationale de droit comparé 1964, p. 13.

¹⁸¹⁷ Jean Limpens, *ibid.*

A - La fin du mythe de l'universalisme

962. Se sont affrontées deux tendances en droit international privé, les tenants de l'universalisme et ceux du particularisme¹⁸¹⁸.

Les universalistes¹⁸¹⁹ estiment qu'il est possible d'arriver à une unification du droit international privé, c'est à dire à des règles de droit international privé communes à tous les Etats.

Les particularistes¹⁸²⁰ prétendent, au contraire, que le droit international privé ne saurait permettre une telle unification puisqu'il est une projection des droits internes sur le plan international. Les droits internes étant différents, une unification est impossible.

Le vingtième siècle a vu triompher le concept de modernité qui comporte entre autres, la croyance dans les vertus de la raison, de la science, du progrès, l'idée que l'histoire a un sens. Au niveau juridique, ce concept s'est traduit par « la conviction de l'universalisme des modèles construits en Occident »¹⁸²¹. Il en est résulté des tentatives d'unification du droit. Pour le Professeur Audit, dans une société dans laquelle « tout le monde reçoit les mêmes informations au même moment, c'est-à-dire en fait en « temps réel », et a vocation – sous réserve toutefois, d'un niveau de développement économique suffisant – à consommer les mêmes produits et à s'adonner aux mêmes activités. Il est donc naturel d'envisager que les échanges qui permettent cette situation soient soumis à un droit uniforme. »¹⁸²². Le droit du transport maritime est une démonstration exemplaire de cette idée.

963. Le transport international de marchandises par mer est un phénomène « inter-national » en ce qu'il implique plusieurs nations, et semble requérir de ce fait un droit international. Des tentatives pour unifier ce droit ont été faites sous l'impulsion du Comité Maritime International, puis de l'Organisation Maritime Internationale et de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement. Il a été démontré que ces tentatives ont échoué dans leur but assigné d'unifier le droit applicable au transport maritime de marchandises.

Depuis la fin des années 1970 s'est exacerbé le processus de mondialisation des échanges, cela se traduisant par une expansion croissante des multinationales, une hégémonie des

¹⁸¹⁸ Yvon Loussouarn et Pierre Bourel, *Droit international privé*, op. cit. , n° 27, p. 18.

¹⁸¹⁹ Cette thèse est soutenue par des auteurs tels que Antoine Pillet.

¹⁸²⁰ Parmi lesquels il est possible de citer Etienne Martin et Jean Paulin Niboyet.

¹⁸²¹ Jacques Chevallier, *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, op. cit. , p. 661.

¹⁸²² Bernard Audit, *Le droit international privé en quête d'universalité*, RCADIC 2003, T 305, p. 24 et 25.

concepts néo-libéraux en matière de relations économiques, un développement des privatisations et une diminution du rôle de l'Etat¹⁸²³...

Deux phénomènes ont surtout retenu l'attention de la doctrine en ce qui concerne la problématique d'une possible unification du droit. Il y a la montée en puissance de la société civile et du secteur privé qui interviennent de plus en plus dans la sphère économique et sociale¹⁸²⁴ ; puis le phénomène de globalisation ou de mondialisation défini par Pascal Lamy comme « une phase d'expansion nouvelle et puissante du capitalisme de marché »¹⁸²⁵.

964. Ces phénomènes ont amené les juristes à réfléchir non plus en terme d'internationalisation du droit, qui place l'Etat au centre du processus, mais en terme de mondialisation ou de globalisation selon la terminologie anglaise¹⁸²⁶. L'uniformité globale du droit apparaissant comme un aboutissement auquel l'évolution naturelle conduit, il faut s'interroger sur la possibilité d'une telle issue.

B – La globalisation de la société et le droit post-moderne

965. Les auteurs écrivant sur la post-modernité¹⁸²⁷ estiment qu'il n'y a plus de prétention à l'universalité s'agissant des modèles d'organisations politiques (au niveau juridique cela se manifeste par la reconnaissance de la relativité des cultures juridiques), l'accent serait désormais mis sur la complexité avec l'apparition de nouvelles figures telle que celle du réseau¹⁸²⁸. Comme l'exprime le Doyen Marquis, « la vérité post-moderne s'éloigne d'une pureté propre à la neutralité et à l'universalisme pour se rapprocher d'une hétérogénéité caractéristique de la complexité »¹⁸²⁹.

Il y a d'autant moins de place pour l'uniformité que se développe la pluralité juridique : au côté des ordres juridiques étatiques se développent des ordres juridiques supra-étatiques

¹⁸²³ Ces phénomènes ont été, entre autres, constatés par André-Jean Arnaud in *Entre modernité et mondialisation, cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, Droit et société, LGDJ 1998, p. 28 et 29 et Jacques Chevallier, *La régulation juridique en question*, Droit et société, 49, 2001, p. 827-846 et du même auteur, *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, op. cit., p. 668 et s.

¹⁸²⁴ Ismaël Aboubacar Yenikoye, *La mesure de la gouvernance au service de l'Etat de droit, de la démocratie et du développement humain durable*, article en ligne sur www.francophonie-durable.org, p. 129.

¹⁸²⁵ Pascal Lamy, *L'Europe en première ligne*, Le Seuil Paris, 2002, p. 169.

¹⁸²⁶ Bernard Audit, *Le droit international privé en quête d'universalité*, RCADI 2003, T 305, p. 24.

¹⁸²⁷ Cf. par exemple Jean François Lyotard, *La condition postmoderne*, éd. de Minuit Paris, 1979. André-Jean Arnaud, *Repenser un droit pour l'époque post-moderne*, Le courrier du CNRS, n° 75, avril 1990, p. 81 et 82. Jacques Chevallier, *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, op. cit.

¹⁸²⁸ M. Castells, *La société en réseaux I. L'ère de l'information*, 1996, Fayard Paris, 1998.

¹⁸²⁹ Louis Marquis, *L'interprétation du droit commercial international uniforme : un modèle personnifié par Marc-Antoine*, Revue internationale de droit comparé 2002, n° 1, p. 102 et 103.

régionaux ou mondiaux et infra-étatiques¹⁸³⁰. Face à ces normes de provenances diverses se développe un système horizontal de cohérence. Comme le précise le Professeur Chevallier, « on parlera ainsi d'« inter-légalité¹⁸³¹ » ou d'« inter-normativité¹⁸³² » pour caractériser ces processus de communication et d'échange entre « espaces juridiques » différents, « ordres juridiques » distincts, traduisant l'émergence d'une conception nouvelle d'un droit structuré « en réseau » »¹⁸³³.

La thèse des philosophes européens de l'époque « moderne » selon laquelle les produits de la philosophie occidentale, et notamment le droit, seraient universels et auraient vocation à être étendus au reste du monde apparaît dépassée. Elle l'est d'autant plus qu'elle pourrait apparaître comme teintée de colonialisme.

Le Professeur Delmas-Marty considère à ce sujet que « la difficulté de cette recherche d'un droit « commun » tient moins à l'obstacle, même puissant, des particularismes qu'à l'ambiguïté qui sous-tend la démarche. Car l'internationalisation du droit crée l'illusion que le droit devient commun, alors qu'elle comporte le double risque de le rendre plus opaque encore aux non-juristes – donc de renforcer l'hégémonie des professionnels du droit – et de l'imposer sous la pression économique à l'ensemble des pays – donc de renforcer l'hégémonie des pays développés. Il serait donc naïf de croire que l'internationalisation du droit (et la complexité croissante qui l'accompagne) garantira l'avènement d'un droit commun dans tous les sens du terme. »¹⁸³⁴.

966. Ces critiques conduisent à une autre caractéristique de ce droit post-moderne, son pragmatisme. Ce droit serait fondé moins sur des concepts que sur des pratiques sociales. Le pragmatisme conduisant au relativisme et ce, par opposition à la prétention universelle du droit développée par la philosophie moderne du droit.

Ce relativisme est un relativisme tant dans l'espace (il a déjà été fait état de la prise de conscience que les modèles occidentaux ne sont pas universels) que dans le temps. Le relativisme dans l'espace peut être illustré, dans la matière étudiée, par la revendication des pays en développement, dans les années 70, d'un droit qui ne serait pas uniquement un droit adopté par les pays développés¹⁸³⁵. Le relativisme dans le temps apparaît comme l'acceptation

¹⁸³⁰ Solidarité locales (Etablissements publics de coopération intercommunale...), production normative des collectivités territoriales.

¹⁸³¹ Baovenura De Sousa Santos, *Droit : une carte de lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit*, Droit et société, n° 10, 1988, p. 382.

¹⁸³² Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil Paris, 1994, p. 268.

¹⁸³³ Jacques Chevallier, *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, RDP 1998, p. 660 et s.

¹⁸³⁴ Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil Paris, 1989 p. 202.

¹⁸³⁵ Cette revendication s'est faite grâce à deux émanations des Nations unies : la CNUCED et l'OMI. Cf. à ce

de variations du droit en fonction des impératifs conjoncturels. Dans la matière, qui fait l'objet de cette étude, ce relativisme dans le temps se manifeste par la volonté d'adaptation des Conventions internationales aux conditions évolutives de l'économie maritime, qui se réalise en modernisant et en adaptant une Convention frappée de relative obsolescence par l'adoption successive de Protocoles modificatifs se superposant à la Convention originelle¹⁸³⁶. Il en résulte l'éparpillement d'un droit voulu uniforme. Il s'agit de ce que la doctrine post-moderne qualifie de complexité juridique.

967. Ce droit apparaît aussi comme un droit négocié car, au stade de sa production, interviennent des groupes représentatifs de plus en plus nombreux. Il a été possible d'en voir une illustration tant en ce qui concerne la participation d'organisations représentatives des opérateurs du transport international de marchandises par mer au projet d'instrument élaboré par la CNUDCI¹⁸³⁷, qu'en ce qui concerne le rôle des pratiques et des usages¹⁸³⁸. Une conséquence du rôle de ces « cercles d'influence », pour reprendre l'expression du Professeur Sur¹⁸³⁹, est que le choix de l'adoption par les Etats de conventions internationales « unificatrices » ne semble que très peu motivé par l'utilité objective d'une unification du droit. Ceux-ci participent, favorisent et en dernier lieu acceptent les règles qui conviennent le mieux aux intérêts qu'ils défendent. Ces intérêts sont divergents. L'Etat représente les intérêts nationaux dominants mais peut aussi être le représentant officieux d'intérêts privés. Il peut ainsi se retrouver à la fois défenseur des intérêts commerciaux des transporteurs et des usagers des services de transport. Ces intérêts peuvent évoluer au gré des mutations politiques, économiques ou sociales, amenant les Etats à défendre et chercher à maintenir ces règles ou, au contraire, à les contester. Il en résulte que, la création, l'extension ou le maintien des conventions internationales est d'autant plus difficile.

968. Il a déjà été vu que la technique des conventions multilatérales, choisie en matière de droit du transport international de marchandises par mer, n'apparaît pas la plus adaptée. Il existe d'autres techniques juridiques de formation du droit parmi lesquelles la technique de l'adoption de conventions bilatérales.

Le bilatéralisme apparaît plus comme une technique de négociation qu'un domaine d'application du droit. Ce procédé, certes efficace, n'apparaît pas adapté à la matière étudiée

sujet aux développements consacrés à l'adoption des Règles de Hambourg, supra n° 25 et s., n° 105 et s. et n° 115 et s.

¹⁸³⁶ Ce phénomène est particulièrement clair en ce qui concerne la Convention de Bruxelles de 1924 et ses différents Protocoles modificatifs.

¹⁸³⁷ Cf. supra n° 515 et s.

¹⁸³⁸ Cf. supra n° 855 et s.

¹⁸³⁹ Serge Sur, *Droit international des transports : principes et règles*, op. cit., p. 121 et s.

puisque la spécificité du transport international de marchandises par mer est que ce mode de transport concerne plusieurs Etats. Une réglementation qui ne lierait que deux Etats n'aurait que très peu de chances d'avoir de l'influence en cette matière, même s'il faut noter qu'elle pourrait concerner un ensemble de relations beaucoup plus large par le biais des accords-types.

969. Un autre procédé possible serait l'adoption de législations nationales se rapprochant les unes des autres, d'actes unilatéraux convergents des Etats. Là encore, cette technique de formation du droit se trouve confrontée aux mêmes difficultés : d'un côté, la nécessité d'une extension large des règles, et de l'autre, la quasi-impossibilité d'arriver à une convergence des intérêts nationaux.

Reste alors la possibilité d'une unification territoriale au niveau régional. On prendra pour étudier cette hypothèse l'exemple de la Communauté européenne qui est l'exemple de construction régionale le plus avancé¹⁸⁴⁰.

Paragraphe 2 - La possibilité d'une unification régionale du droit du transport international de marchandises par mer

970. L'échec des tentatives d'unification du droit au niveau mondial en matière de transport international de marchandises par mer pousse à s'interroger sur l'éventualité d'une unification du droit à un niveau régional (A). Cette étude prendra pour exemple d'action régionale, l'action de la Communauté européenne en matière de droit du transport international de marchandises par mer¹⁸⁴¹. Il est pourtant important d'indiquer qu'il existe d'autres exemples d'actions régionales en matière de production de droit, et ce notamment sur le continent africain. D'une part, le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Ile Maurice) a institué l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA). L'OHADA regroupe à l'heure actuelle 16 pays (les 14 de la zone franc CFA, plus les Comores et la Guinée Conakry, elle reste ouverte à tout Etat du continent africain, la République Démocratique du Congo devrait prochainement y adhérer). Cette organisation s'occupe de l'harmonisation du droit des affaires en Afrique de

¹⁸⁴⁰ Le terme « Communauté européenne » fait référence au premier pilier du Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 à Maastricht (composé des Communautés européennes), et le terme « Union européenne » couvre l'ensemble des trois piliers du Traité.

¹⁸⁴¹ D'après le Professeur Jean-Marc Sorel (conférence à l'UBO Brest le 25 janvier 2007 sur *La juridictionnalisation du droit international*), c'est une organisation très efficace. Cf. site internet de cette organisation : <http://www.Ohada.com>.

l'ouest, elle a pour particularité d'être aussi une juridiction internationale qui peut automatiquement imposer une modification législative à ses Etats membres. Cette organisation, pour intéressante qu'elle soit, ne traite pas encore du contrat de transport maritime qui relève des conventions internationales ou du droit national. D'autre part, il est possible de trouver un exemple abouti de communautarisation du droit des transports au sein de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC). La CEMAC a été instituée par un traité signé le 16 mars 1994 à Ndjamena (Tchad) et regroupe six Etats d'Afrique centrale¹⁸⁴² (elle est destinée à posséder un Parlement et une Cour de justice¹⁸⁴³), elle a élaboré un Code communautaire de la marine marchande. Ce Code contient des dispositions concernant le contrat de transport international de marchandises par mer, celles-ci sont une reprise des dispositions des Règles de Hambourg à laquelle elles renvoient d'ailleurs à titre supplétif¹⁸⁴⁴.

Cette étude n'ayant pas la prétention d'être exhaustive, elle se limitera à l'étude de l'action de la Communauté européenne. Au travers de cet exemple, il s'agira de porter une appréciation sur l'efficacité d'une telle action (B).

A - Le choix du niveau régional en matière d'unification du droit

971. Le niveau régional d'action présente des intérêts (1) mais aussi des caractéristiques (2).

1) L'intérêt d'une action régionale

972. Un ensemble d'Etats présentant des caractères communs, liés notamment à la proximité géographique, et désireux de faciliter leurs échanges mutuels, s'efforceront normalement d'adopter certaines règles juridiques communes¹⁸⁴⁵. L'accroissement des échanges économiques et de la circulation des personnes rendent nécessaire la coordination des ordres juridiques nationaux dans un but de sécurité juridique.

Le développement du droit international n'est pas restreint au cadre onusien voire universel. On trouve une multitude et une grande diversité de solidarité dans les rapports internationaux qui induisent des règles juridiques internationales.

¹⁸⁴² Cameroun, Centrafrique, Congo, Gabon, Guinée Equatoriale et Tchad.

¹⁸⁴³ www.cemac.cf

¹⁸⁴⁴ Article 395 et 396 du Code communautaire de la marine marchande.

¹⁸⁴⁵ Bernard Audit, *Le droit international privé en quête d'universalisme*, RCADIC 2003, T. 305, p. 82.

Le droit international contemporain s'appuie sur les normes conventionnelles.

973. Ce phénomène se retrouve en matière régionale, le choix du traité multilatéral devant assurer une plus grande certitude en ce qui concerne le contenu de la règle internationale. Cette méthode entraîne corrélativement une fragmentation du droit international due à la multitude d'engagements conventionnels internationaux qui ne sont liés par aucun système hiérarchique de normes¹⁸⁴⁶. Les Etats peuvent adhérer ou non à ces instruments conventionnels. Il en résulte la possibilité d'une superposition « désunifiante » des conventions internationales¹⁸⁴⁷.

La norme juridique à rayonnement régional est formulée au sein d'organisations internationales existantes. Il en découle une plus grande cohérence du corpus juridique.

Ces organisations internationales vont inciter les Etats qui en sont membres à adopter ou ratifier le droit élaboré par elles, cette adoption se faisant d'autant plus volontiers que ces organisations régionales reflètent un certain degré de solidarité entre leurs Etats membres. Les instruments adoptés vont ainsi, en principe, exprimer un intérêt collectif. La coopération régionale a pour avantage qu'elle s'appuie sur les nécessités objectives du voisinage et les nécessités de solidarité face à la concurrence extérieure¹⁸⁴⁸. Au contraire, au niveau mondial, la coexistence entre pays développés et pays en développement rend difficile une réglementation uniforme de l'ensemble des relations commerciales internationales et milite en faveur des « unifications régionales »¹⁸⁴⁹.

En outre, le corpus juridique ainsi créé bénéficiera du suivi d'une organisation internationale qui pourra proposer une interprétation uniforme et, de ce fait, régler d'éventuels problèmes d'application. Au plan mondial, il a été constaté qu'il n'existait pas de communauté internationale. Celle-ci n'a d'existence ni diplomatique, ni politique, encore moins juridique. De ce fait, le droit international n'est pas une discipline autonome à part entière, ce qui permet d'expliquer les différentes difficultés auxquelles il est confronté. L'organisation régionale, elle, est dotée d'institutions. Elle a une existence propre qui lui permettra de veiller à l'adaptation du traité aux évolutions en élaborant, si c'est nécessaire, des modifications de

¹⁸⁴⁶ On se rapproche ainsi de la thèse de Monsieur Triepel pour qui « toute règle de droit international a une validité limitée, mesurée d'après le nombre des Etats qui ont participé à sa formation, et qui embrasse dans chaque cas qu'une partie du monde international. Il n'y a pour ainsi dire qu'un droit international particulier », H. Triepel, *Droit international et droit interne*, 1920, p. 82. Il modifie par la suite cette affirmation en reconnaissant qu'« on peut tirer un droit international « général » de ces droits particuliers, ... en comparant et en réunissant les règles juridiques qui sont également en vigueur dans plusieurs ou dans de nombreux groupes étatiques en vertu d'une source juridique différente. ».

¹⁸⁴⁷ C'est ce qui a été vu en première partie.

¹⁸⁴⁸ Michel Folliot souligne cela à propos du transport aérien in *La CEE et le transport aérien*, Revue française de droit aérien, 1978, p. 137-144.

¹⁸⁴⁹ Yvon Loussouarn et Jean-Denis Bredin, *Droit du commerce international*, Sirey 1969, p. 22.

celui-ci. Outre ces qualités présentées par le droit adopté au sein d'actions régionales, ces dernières présentent des caractéristiques communes.

2) Les caractéristiques de l'action régionale

974. Le développement d'institutions régionales s'accompagne corrélativement d'une « régression de la puissance juridique des Etats »¹⁸⁵⁰. La Communauté européenne est effectivement dotée de la faculté de produire du droit dérivé. Il est évident que le droit dérivé communautaire possède toujours un lien avec les Etats car il n'existe que par leur permission et il est produit dans des instances dans lesquelles les Etats sont représentés.

Pourtant, la permission donnée par les traités est peu susceptible d'être remise en cause. En outre, dans certains domaines, la permission donnée par les Etats se fait à la majorité d'entre eux, l'assentiment individuel n'est plus requis¹⁸⁵¹. Enfin, le droit communautaire vient se placer très haut dans notre hiérarchie des normes puisqu'il vient directement se confronter aux normes constitutionnelles¹⁸⁵². Cependant, le rapport entre norme constitutionnelle et droit communautaire n'est plus seulement un rapport hiérarchique entre deux normes juridiques. En effet, le droit contemporain n'apparaît plus organisé selon le modèle pyramidal classique de Kelsen¹⁸⁵³ mais apparaît plutôt fonctionner en réseau¹⁸⁵⁴, un tel mode d'organisation permettant de tenir compte de la multiplicité des acteurs juridiques, de la démultiplication et de la dé-hiérarchisation des niveaux de pouvoir¹⁸⁵⁵. Dans son Livre blanc sur la

¹⁸⁵⁰ Jean-Bernard Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, collection Clefs politiques, Montchrestien Paris, 2003, p. 96 et 97.

¹⁸⁵¹ Il semble qu'on doive avoir une vision institutionnelle de l'organisation et non une vision contractuelle car dans ce dernier cas pour toute modification de celle-ci il faudrait l'accord de tous les Etats membres.

¹⁸⁵² La Cour de justice des Communautés européennes a jugé « que le transfert opéré par les Etats, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du Traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral incompatible avec la notion de communauté », CJCE, 15/07/1964, Costa/E. NEL, aff. 6/64, Rec. p. 1141. La Cour de justice des Communautés européennes a affirmé la primauté du droit communautaire sur le droit national antérieur ou postérieur à cet arrêt Costa.

¹⁸⁵³ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit. , p. 299 et s. Il écrit à ce sujet que « les normes d'un ordre juridique dont cette norme fondamentale est le fondement de validité commun sont – comme le montre le processus de remontée jusqu'à la norme fondamentale qui a été décrit dans les pages précédentes – n'est pas un complexe de normes en vigueur les unes à côté des autres, mais une pyramide ou hiérarchie de normes qui sont superposées, ou subordonnées les unes aux autres, supérieures ou inférieures », ibid. p. 266.

¹⁸⁵⁴ François Ost et Michel Van de Kerchove écrivent à ce sujet que « le modèle européen s'inscrit malaisément dans l'ordonnement hiérarchique des pouvoirs », *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002, p. 65.

¹⁸⁵⁵ François Ost et Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.

gouvernance¹⁸⁵⁶, la Commission « gouvernance européenne » constate que « face à une dispersion sans cesse croissante des pouvoirs et des compétences politiques, à l'accroissement de l'intégration européenne, à un processus de décentralisation engagé dans la majorité des Etats membres, et à un besoin croissant de développement transnational et interrégional, il faut constater que les processus de décisions hiérarchiques et univoques ne fonctionnent plus ou mal dans des sociétés complexes et en mutation constante comme les nôtres »¹⁸⁵⁷. Dès lors, au rapport hiérarchique entre les Traités européens et les Constitutions des Etats membres, se substituent des rapports de légitimation réciproque.

975. Il en résulte une complexification du droit, une globalisation de celui-ci. Comme l'a écrit Madame Bertrand, la construction européenne est une « illustration de la mondialisation du droit »¹⁸⁵⁸. Il est possible de retrouver dans ce droit communautaire les processus caractéristiques de la globalisation du droit. Le droit communautaire est directement invocable par les particuliers (entreprises, associations, personnes civiles...) devant le juge national¹⁸⁵⁹. Il transperce de ce fait les ordres nationaux horizontalement. Il permet aussi une action verticale dirigée par un acteur non étatique national contre les institutions communautaires.

Le droit semble échapper de plus en plus aux Etats, ou en tout cas l'Etat producteur traditionnel de normes semble de plus en plus concurrencé. Cette concurrence est le fait de producteurs de normes privés, à qui l'Etat a conféré une certaine autonomie de la volonté, qui sont théoriquement sous sa dépendance mais qui en réalité fonctionnent vis-à-vis de lui d'une manière très largement autonome¹⁸⁶⁰. Ce concours dans la production des normes est aussi dû aux producteurs de normes publiques telles que les institutions régionales. La compétition des systèmes juridiques est une caractéristique du système communautaire dans tous les domaines

¹⁸⁵⁶ Dans une acception large le terme de gouvernance désigne « la prise en compte des interactions entre les dynamiques transnationales, les logiques nationales et les initiatives locales, tout en considérant la porosité croissante des frontières entre les sphères du public et du privé ». Catherine Baron, *La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique*, Droit et société n° 54, 2003, p. 329-351, spé. p. 329. Ce terme semble être un témoin voir un révélateur du passage d'une structure hiérarchique du pouvoir à une structure de type réseaux.

¹⁸⁵⁷ Livre blanc sur la gouvernance, groupe de travail n° 1 : « *gouvernance à plusieurs niveaux : articulation et mise en réseau des différents niveaux territoriaux* », mai 2001, p. 47, Commission européenne. Bruxelles, *Gouvernance européenne*. Livre blanc, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2001. Cf. aussi à ce propos, Jacqueline Dutheil de la Rochère, *Quelques réflexions à propos du Livre blanc de la Commission « Gouvernance européenne »*, Revue du marché commun de l'Union européenne, janvier 2002, n° 454, p. 10 et s.

¹⁸⁵⁸ Christine Bertrand, *Mondialisation, Etat de droit et construction européenne*, in Daniel Mockle, *Mondialisation et Etat de droit*, Bruylant Bruxelles, 2002, p. 141.

¹⁸⁵⁹ Par exemple s'agissant d'une directive : CJCE, 22/06/1989, Fratelli Costanzo/Comune di Milano, aff. 103/88, Rec. P. 1839.

¹⁸⁶⁰ Usages, arbitrage, Lex Mercatoria...

où ce droit opère, sans aller jusqu'à l'harmonisation des règles juridiques internes¹⁸⁶¹. Parlant de la construction européenne, Maître Cohen-Tanguy la considère comme un « système juridique précédant l'existence d'une entité politique, voire s'y substituant, elle est la métaphore parfaite d'un « droit sans l'Etat », dont les Etats nationaux sont les sujets. Comme dans la sphère interne, les caractéristiques de ce nouvel ordre juridique sont le pluralisme et la discontinuité des sources du droit, leur émancipation partielle par rapport à un Etat national particulier, à un Etat mondial inexistant, mais non l'absence des Etats »¹⁸⁶².

976. Le caractère pluraliste du droit européen est renforcé par le fait que l'Europe a une organisation institutionnelle dualiste. On est confronté à l'existence d'une grande Europe, placée sous les auspices du Conseil de l'Europe¹⁸⁶³ qui est productrice de normes juridiques¹⁸⁶⁴, et à l'existence de la Communauté européenne proprement dite, qui est à l'origine du droit communautaire¹⁸⁶⁵.

977. A côté de ce pluralisme institutionnel, il est possible de constater un pluralisme juridique. Le droit international privé ne figurait pas parmi les matières pour lesquelles le Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne attribuait des compétences à celle-ci. Pourtant, un droit international privé de source communautaire a, peu à peu, émergé¹⁸⁶⁶. Celui-ci est composé du droit issu des conventions entre les Etats membres (qui ne sont pas des traités internationaux stricto sensu) et les actes de droit communautaire « dérivés », issus des organes mis en place par la Communauté européenne (ce corpus juridique étant principalement composé de directives et de règlements).

Il est ainsi loisible de constater une certaine diversité dans les sources du droit qui semble plutôt mener au pluralisme qu'à l'unification. D'ailleurs, comme le souligne le Professeur Delmas-Marty, la légitimité de l'unification « même à une échelle restreinte à l'Europe, est fortement contestée »¹⁸⁶⁷.

¹⁸⁶¹ Manuel Ballbé et Carlos Padros, *Estado competitivo y armonizacion europa*, Ariel Sociedad Economica, Thomson Civitas Madrid, 1997.

¹⁸⁶² Laurent Cohen-Tanguy, *Le droit sans les Etats*, in *La mondialisation entre illusion et utopie*, Archives de philosophie du droit, 2003 T 47, p. 246.

¹⁸⁶³ Basé à Strasbourg.

¹⁸⁶⁴ Recommandations du Comité des ministres aux gouvernements des Etats membres, conventions ou traités européens qui ont force exécutoire pour les Etats qui les ratifient, jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

¹⁸⁶⁵ Ordre juridique communautaire fondé sur les Traités constitutifs des Communautés, actes unilatéraux de l'Autorité communautaire, directives, règlements, décisions générales et individuelles, recommandations, avis, résolutions du Parlement européen, actes conventionnels conclus dans l'ordre communautaire par les Etats membres au sein de la Communauté, ou par la Communauté avec des pays tiers, jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes.

¹⁸⁶⁶ Pascal de Vareilles-Sommières, *Un droit international privé européen*, in *Le droit privé européen*, Paris Economica 1998, p. 136.

¹⁸⁶⁷ Mireille Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit*, Paris Seuil, 2006, p. 101.

978. Malgré cela, il est possible de postuler que ce droit élaboré au niveau régional peut constituer un équilibre satisfaisant entre les sources internes et les sources internationales. Il faut de toute façon constater que celui-ci prend de plus en plus d'importance. En effet, l'acceptation d'une disposition, d'une convention à un niveau régional, peut permettre à celle-ci de bénéficier de l'influence de l'organisation régionale afin d'obtenir une adoption plus large. De ce fait, il est difficile de souscrire à l'analyse du Professeur Audit qui considère que « l'adoption de règles régionales communes peut constituer un frein à l'unification globale du droit international privé, dans la mesure où l'entreprise d'intégration peut détourner les Etats intéressés de participer à un projet d'unification plus vaste »¹⁸⁶⁸. C'est l'idée selon laquelle les Etats des différentes régions renonceraient malaisément à un régime juridique déjà établi, à moins que, au moment de l'élaboration de leur droit uniforme, les pays de ladite région ne se trouvent devant un modèle ou un projet de code uniforme contenant les principes fondamentaux du droit commercial international. En effet, ces règles régionales, si elles sont efficaces et permettent par exemple dans le domaine commercial un développement harmonieux des échanges, pourraient servir de modèle à d'autres Etats et ainsi s'étendre. Enfin, l'unification régionale étant une réalité, « une analyse plus poussée de ce problème doit nécessairement envisager les questions liées non plus à l'opportunité ou non de l'unification régionale, mais plutôt aux moyens concrets qu'il conviendra d'adopter pour que le processus d'unification régionale ne puisse pas porter préjudice aux possibilités d'élargissements futurs de la sphère géographique de l'unification elle-même »¹⁸⁶⁹.

979. La réussite de l'unification régionale du droit apparaît dépendre de l'insistance avec laquelle l'uniformité de l'activité humaine concernée sera réclamée dans la région. Cette insistance sera d'autant plus forte qu'il existera des intérêts communs à sauvegarder, les cercles d'intérêts, groupes de pressions, pouvant d'ailleurs entraîner les Etats à adopter une législation régionale uniforme.

Après avoir esquissé le problème de la régionalisation du droit, il faut se pencher sur le rôle joué par la Communauté européenne en matière de droit du transport international de marchandises par mer.

¹⁸⁶⁸ Bernard Audit, *Le droit international privé en quête d'universalité*, op. cit. , p. 82.

¹⁸⁶⁹ Secrétariat de l'Institut international pour l'unification du droit privé, cité par Jean Limpens, *Relations entre l'unification au niveau régional et l'unification au niveau universel*, op. cit, p. 17, n°11.

B - L'action de la Communauté européenne en matière de droit du transport international de marchandises par mer

980. Une description de l'intervention de la Communauté européenne en matière de transport international de marchandises par mer (1) va permettre d'apprécier l'efficacité de celle-ci (2).

1) L'intervention de la Communauté européenne en matière de droit du transport international de marchandises par mer

981. Différentes organisations régionales oeuvrent dans le sens d'un rapprochement des différents pays les composant. Certaines de ces organisations se sont engagées dans une véritable intégration économique et l'unification du droit est un moyen de faciliter celle-ci. Il est possible de constater un tel mouvement au sein de la Communauté européenne.

Les Etats européens se sont d'abord engagés dans la voie d'une communauté économique avec le Traité de Rome instituant la CEE signé en 1957. Puis, de manière plus ambitieuse, ils se sont engagés dans une véritable union politique avec le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992 à Maastricht¹⁸⁷⁰, cette étape renforçant l'orientation des pays européens vers une intégration institutionnelle et juridique¹⁸⁷¹.

Le transport maritime est une branche importante de l'économie européenne puisque « les compagnies maritimes appartenant à des ressortissants de l'Union européenne contrôlent près de 40 % de la flotte mondiale et l'essentiel du commerce extérieur de l'Union européenne, première puissance commerciale au monde, passe par des navires contrôlés par des opérateurs économiques originaires de l'Union européenne »¹⁸⁷². En outre, l'essentiel des échanges entre l'Europe et les pays tiers se font par mer¹⁸⁷³.

982. La politique commune des transports de la Communauté européenne est longtemps demeurée en sommeil. Initialement, les fondateurs de la Communauté économique

¹⁸⁷⁰ JOCE n° C 125 du 18 mai 1992.

¹⁸⁷¹ Cette intégration a encore été renforcée par le Traité d'Amsterdam (signé le 2 octobre 1997) et le Traité de Nice (signé le 26 février 2001).

¹⁸⁷² Communication de la Commission européenne, *Troisième paquet de mesures législatives en faveur de la sécurité maritime dans l'Union européenne*, Bruxelles le 23/11/2005, Com 2005 585 final.

¹⁸⁷³ En effet le transport maritime représente, en 2004, 39% en valeur des importations et 75,9% en tonnage des importations en provenance du reste du monde. Pour ce qui est des exportations, le transport maritime représente 38,1% des exportations de l'Union européenne vers le reste du monde et 70,8% en tonnage. Source comptes transport 2004 (DAEI – SESP) base SITRAM du service économie et statistique du Ministère des transports : <http://www.statistiques.equipement.gouv.fr>

européenne avaient manifesté leur intérêt pour les transports. Le Traité de Rome signé le 25 mars 1957 prévoit, à son article 3, d'instaurer une politique commune des transports, seul secteur expressément mentionné avec l'agriculture. Le titre V du Traité CE est presque entièrement consacré aux transports. Dans sa rédaction initiale, l'article 75 paragraphe 1¹⁸⁷⁴ fait obligation aux institutions de la Communauté d'instaurer une politique commune des transports et dispose :

« compte tenu des aspects spéciaux des transports, le Conseil statuant à l'unanimité jusqu'à la fin de la deuxième étape et à la majorité qualifiée par la suite, établit sur proposition de la Commission et après consultation du Conseil économique et social de l'assemblée :

des règles communes applicables aux transports internationaux exécutés au départ et à destination du territoire des Etats membres ou traversant le territoire de plusieurs Etats membres ;

les conditions de l'admission des transporteurs non résidents aux transports nationaux dans un Etat membre ;

toute autre disposition utile ».

En revanche, l'article 84 alinéa 2 du Traité de Rome déclare que « le Conseil statuant à l'unanimité pourra décider si des dispositions appropriées pourront être prises pour la navigation maritime et aérienne ». Cette unanimité requise avait pour conséquence que le vote d'un seul Etat pouvait bloquer toute initiative, tandis qu'aucune obligation stricte d'agir dans le domaine maritime ne pesait sur le Conseil¹⁸⁷⁵.

983. Se fondant sur cet article, les instances communautaires sont longtemps restées inactives en ce qui concerne le transport maritime.

Cette réserve de l'Europe vis-à-vis du droit maritime peut s'expliquer par le fait que l'Europe n'était pas en 1957 une puissance maritime¹⁸⁷⁶ et par le fait que la France, à l'époque leader de la Communauté, était très réservée à l'égard d'une politique maritime commune¹⁸⁷⁷. Une autre explication à cette inactivité réside aussi dans la lutte opposant les tenants de la libéralisation à ceux de l'harmonisation, lutte qui a bloqué toute initiative.

Ce texte a pourtant fait l'objet d'interprétations divergentes quant à son champ d'application jusqu'en 1974. Le 4 avril 1974, la Cour de justice des Communautés européennes, dans un

¹⁸⁷⁴ Devenu article 71 depuis le Traité d'Amsterdam.

¹⁸⁷⁵ Utilisation de l'expression « le Conseil pourra... ».

¹⁸⁷⁶ La flotte combinée de l'Allemagne, l'Italie, la Belgique, les Pays-Bas et la France représentait à peine 10 % de la marine mondiale.

¹⁸⁷⁷ Pierre Bonassies, *Le droit maritime européen*, Scapel 2005, p. 5.

arrêt rendu contre l'Etat français¹⁸⁷⁸, a estimé que le texte de l'article 84§2 s'appliquait uniquement aux mesures relatives aux transports, c'est-à-dire qu'il s'appliquait à la mise en œuvre des articles 75 à 84 du Traité mais que tous les autres aspects du Traité devaient être mis en œuvre pour les transports maritimes et aériens sans restriction aucune et suivant les procédures les concernant. Il en allait ainsi des dispositions relatives à la liberté d'établissement, à la libre prestation de service et à la concurrence.

984. C'est sur ces bases que le Conseil a adopté quatre règlements, le 22 décembre 1986, qui constituent la pierre angulaire de l'application du droit Communautaire aux transports maritimes¹⁸⁷⁹. La Communauté européenne a mis en place une véritable politique communautaire de la mer.

Pourtant, elle ne semble pas vouloir intervenir dans l'aspect commercial du transport maritime, et notamment en ce qui concerne les règles juridiques applicables au transport international de marchandises par mer. En effet, d'une manière générale, l'Europe n'a pas de droit du transport maritime propre, contrairement à des Etats nordiques, qui ont su édifier un régime uniforme en matière de transport maritime de marchandises, comme le fait remarquer le Professeur Bonassies¹⁸⁸⁰. Pour ce qui est du droit des transports de marchandises, il n'existe aucune construction communautaire, la Communauté européenne abandonnant la place à des institutions internationales telles que l'OMI ou la CNUCED. L'absence d'une politique communautaire en ce domaine se justifie-t-elle ?

2) L'efficacité d'une action régionale en matière de transport international de marchandises par mer

985. La non-immixtion de la Communauté européenne, dans la législation applicable aux transports internationaux de marchandises par mer, est justifiée par le fait qu'en matière de commerce international une action strictement régionale paraît dépourvue d'efficacité. Le caractère largement international de cette matière impose une action internationale. En effet, les tentatives d'unification du droit international peuvent être mises à mal par la prolifération des initiatives régionales ou unilatérales (ces initiatives peuvent avoir pour but de moderniser ou de résoudre d'éventuels défauts de la législation internationale). Il existe ainsi des règles

¹⁸⁷⁸ CJCE, 04/04/1974, Commission contre France, D 1974, 717. DMF 1975, 234.

¹⁸⁷⁹ Règlement CE 4055/86, JOCE L. 378, 31/12/1986 sur la libre prestation de service. Règlement CE 4056/86, JOCE L.378, 31/12/1986 sur les conférences maritimes. Règlement CE 4057/86, JOCE n°378, 31/12/1986 sur les pratiques tarifaires déloyales. Règlement CE 4058/86, JOCE L. 378, 31/12/1986 sur la sauvegarde du libre accès au trafic océanique.

¹⁸⁸⁰ . Pierre Bonassies, *Le droit maritime européen*, Scapel 2005, p. 9.

divergentes sur la responsabilité en matière de transport de marchandises dans nombre de pays. Les modifications que les Etats-Unis se proposaient d'apporter à leur loi sur le transport de marchandises par mer constitue un exemple concret de ces mesures indépendantes¹⁸⁸¹. L'adoption de cette loi américaine contribuerait à la prolifération de régimes divergents, ce qui entraverait l'objectif d'unification internationale. Il faut également indiquer l'importance du Code maritime chinois, la Chine n'est partie ni à la Convention de Bruxelles ni aux Règles de Hambourg. Elle a conçu un code de commerce maritime de modèle européen (entré en vigueur le 1^{er} juillet 1993). Ce Code fait la différence entre le contrat de transport maritime et le contrat d'affrètement ainsi qu'entre le fret conteneurisé et celui non-conteneurisé¹⁸⁸². Il est amené à avoir de plus en plus d'importance grâce au développement très important du commerce en Chine. Il semble que ce Code ne pose pas de problèmes particuliers car il reprend beaucoup de dispositions des Règles de Hambourg.

986. Une action régionale, et notamment de la Communauté européenne, pourrait cependant servir de relais ou d'impulsion à une action internationale en vue de l'adoption d'une législation uniforme. Le rôle de la Communauté européenne peut s'exercer au niveau des négociations multilatérales mais aussi au niveau de la mise en œuvre du droit international et de l'application des Conventions. Comme le constate le Professeur Odier, « les instances communautaires et plus particulièrement la Commission tentent à travers leur présence officieuse aux négociations et leur pression occulte auprès des Etats membres d'introduire une clause communautaire dans toutes les Conventions multilatérales conclues au sein de l'OMI, en invoquant la compétence interne des autorités européennes, même si elles n'y parviennent pas, elles réussissent néanmoins à exercer une influence directe sur l'application des textes adoptés au sein des organisations internationales. En effet, à travers le mécanisme de concertation entre Etats elles influencent les procédures de ratification en permettant des

¹⁸⁸¹ Il s'agit du Senate US COGSA 1999, projet de modification du US COGSA de 1936. Ce nouveau projet s'éloigne de la Convention de Bruxelles et applique certaines règles issues des Règles de Hambourg comme l'abolition de l'exemption pour faute nautique. Par contre il contient aussi des dispositions spécifiques, il prévoit ainsi que tous les contrats de transport au départ des Etats-Unis doivent comporter une clause Paramount renvoyant au Senate US COGSA 1999 et une clause qui dénie toute validité aux clauses qui renvoient à une juridiction étrangère. Il est possible de déplorer de telles clauses au regard de la Comity internationale. En outre un tel projet, s'il est adopté, portera encore un coup à l'uniformisation du droit du transport maritime. William Tetley, *The proposed new United States Senate COGSA : The disintegration of uniform international carriage of goods by sea law*, Journal of Maritime Law and Commerce, vol. 30, N° 4, octobre 1999, p. 595 et s.

¹⁸⁸² La responsabilité du transporteur s'agissant des marchandises conteneurisées couvre la période débutant par la prise en charge des marchandises et s'achève par leur livraison, comme dans les Règles de Hambourg. En ce qui concerne le fret non conteneurisé, la responsabilité de l'armateur couvre la période comprise entre le chargement et le déchargement des marchandises (article 46§1) comme dans la Convention de Bruxelles de 1924.

ratifications concertées entre les Etats membres »¹⁸⁸³. La Communauté européenne pouvant ainsi servir d'instrument pour rendre obligatoires à l'égard des Etats membres des normes de droit international par lesquelles ils n'étaient pas tous liés¹⁸⁸⁴.

987. La compétence externe de la Communauté européenne doit aussi être évoquée. Il s'agit du pouvoir de conclure des conventions internationales. Il est nécessaire de préciser à titre liminaire que s'agissant de l'Union européenne, le Traité sur l'Union européenne ne lui avait pas reconnu la capacité de conclure des accords internationaux. Cette compétence aurait pu évoluer à la suite des pouvoirs qui devaient être reconnus à l'Union européenne, en tant que « personne morale », par le Traité portant Constitution signé à Rome le 29 octobre 2004. Pour le moment, celui-ci n'a pas été adopté, l'Union européenne ne possède toujours pas la personnalité juridique. En ce qui concerne à présent la Communauté européenne, sa compétence à conclure des conventions internationales est très étendue et a été synthétisée, d'après l'arrêt « AETR », par la formule latine « in foro interno, in foro esterno »¹⁸⁸⁵. S'agissant des conventions internationales conclues par la Communauté européenne, elles sont introduites dans l'ordre communautaire par acte formel du Conseil, une décision ou plus souvent un règlement, publié au JOCE avec le texte du traité. L'accord international ainsi ratifié au niveau européen garde pourtant une nature juridique particulière et prime sur le droit communautaire¹⁸⁸⁶.

988. La Communauté européenne souhaite actuellement adhérer à l'OMI¹⁸⁸⁷. Une telle adhésion lui permettrait de peser tant sur la formation de la réglementation internationale applicable au transport maritime que sur sa mise en œuvre. Pourtant, cette adhésion rencontre plusieurs obstacles. Il y a d'abord un obstacle juridique. Il est nécessaire de modifier la Convention de Genève de 1948 pour permettre à la Communauté européenne de devenir membre de l'OMI. Ensuite, de façon plus pratique il y a l'opposition de certains Etats au fait que la Communauté européenne dispose au sein de l'OMI d'autant de voix qu'elle contient d'Etats membres (c'est le cas par exemple des Etats-Unis qui ne souhaitent accorder à la

¹⁸⁸³ Françoise Odier, *Le rôle de l'Europe dans l'organisation du transport maritime*, in Colloque CEDECE 2004, 08/10/2004 Antennes Universitaires d'Agen, Commission 3, Université de Bordeaux 3, p. 6.

¹⁸⁸⁴ L'illustration type d'une telle action étant l'adoption en 1982 de la Convention de Washington de 1973 sur le commerce international des espèces de flore et de faune sauvages. Jean-Claude Gautron et Loïc Brard, *Le droit international et la construction européenne*, in SFDI, *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Pédone 2000, p. 11.

¹⁸⁸⁵ CJCE, 31/03/1971, Commission v. Council, C-22/70, Recueil CJCE 1971, p. 263 : « The community enjoys the capacity to establish contractual links with third countries over the whole field of objectives defined in part one of the Treaty ». Il s'agit de la « théorie des compétences implicites ».

¹⁸⁸⁶ Il s'agit d'une primauté des accords sur le droit dérivé (cela a été confirmé par un avis de la CJCE : CJCE, avis C-1/91 du 14 décembre 1991, EEE, Rec. p. I-6079), les Traités constitutifs primant en revanche sur les accords (CJCE, avis 1/75 du 11 novembre 1975, Arrangement OCDE, Rec. p. 1355).

¹⁸⁸⁷ A l'heure actuelle seule la Commission européenne a un statut d'observateur à l'OMI.

Communauté européenne qu'une seule voix) qui pourrait elle aussi constituer un obstacle à l'adhésion de la Communauté européenne. Enfin, un obstacle plus théorique vient plaider à l'encontre de l'attribution du statut de membre de l'OMI à la Communauté européenne : il s'agit du risque de politisation des débats, en permettant un vote par bloc, qui affaiblirait la qualité des processus de décision et nuirait à l'autorité de l'OMI sur la scène internationale¹⁸⁸⁸. Cette critique doit être modérée car l'OMI connaît déjà ce phénomène de vote par bloc. Pourtant, un tel risque est réel. Il a été possible de constater lors de l'étude sur l'adoption des Règles de Hambourg que la CNUCED a subi l'influence des pays en développement. La Communauté européenne, même si elle n'est pas membre de l'OMI, coordonne cependant la position des Etats membres afin que ceux-ci défendent une position commune.

989. La Communauté européenne pourrait pourtant jouer un rôle plus crucial par rapport à l'action de l'OMI, notamment en ce qui concerne le droit du transport international de marchandises par mer. La Communauté européenne représente à l'heure actuelle un nombre suffisamment important d'Etats pour qu'elle puisse influencer en faveur de l'adoption d'une Convention internationale ou au contraire la transformer en une convention « mort-née »¹⁸⁸⁹ qui ne s'appliquera jamais. En effet, une convention, même si elle a été adoptée par la communauté des Etats au sein de l'OMI, ne pourra pas entrer en application ou en tout cas ne jouera pas un rôle significatif dans l'ordonnement juridique mondial si elle n'atteint qu'un niveau dérisoire de ratification, la Communauté européenne pouvant ainsi avoir un rôle crucial.

990. Il est possible d'en voir une illustration frappante dans la matière qui fait l'objet de cette étude. Les Règles de Hambourg auraient dû être ratifiées par la France puisqu'une loi du 15 avril 1981 a autorisé le Président de la République à ratifier les Règles de Hambourg. Cependant, à la demande des milieux professionnels, il fut décidé que cette ratification n'interviendrait pas avant que les principaux pays maritimes y aient procédé, en particulier nos partenaires de la CEE à l'époque (CE depuis 1993). La France et ses partenaires de l'Union européenne demeurent toujours dans cette position attentiste. A l'heure actuelle, il ne semble pas d'actualité que les pays européens adoptent les Règles de Hambourg, ces pays étant tournés vers le projet d'instrument de la CNUDCI¹⁸⁹⁰. Il apparaît clairement que la

¹⁸⁸⁸ Philippe Boisson, *La politique européenne de la sécurité maritime source d'efficacité ?*, communication lors du colloque international *L'Union européenne et la mer*, Brest, 18-19 octobre 2006.

¹⁸⁸⁹ Expression empruntée au Professeur Vialard in *Sisyphé et l'uniformisation internationale du droit maritime*, DMF 1999, n° 591, spécial « 50 ans de droit positif », p. 213.

¹⁸⁹⁰ Il est ainsi possible de constater la présence, dans le groupe de travail de la CNUDCI de la plupart des pays

Communauté européenne et plus largement l'Union européenne aurait pu avoir un rôle d'impulsion qui aurait favorisé l'adoption de ces Règles. Une ratification par les pays européens aurait été un gage de succès pour les Règles de Hambourg.

991. L'action de la Communauté européenne pourrait aussi avoir un impact non négligeable en ce qui concerne l'application des conventions internationales. En effet, lorsqu'une convention internationale est intégrée dans l'ordre communautaire, la convention internationale va alors devoir être obligatoirement appliquée par les Etats membres de la Communauté européenne (il s'agit d'une « communautarisation » du droit international). Ce qui est surtout intéressant, c'est que par ce biais l'Europe va pouvoir renforcer les normes prises au niveau international en prévoyant des dispositions plus contraignantes, comme cela a été le cas en matière de sécurité maritime. Par exemple, en matière d'élimination des navires à simple coque à la suite du naufrage de l'Erika en 1999, l'OMI a adopté, par le biais de la résolution du 27 avril 2001, un plan de retrait progressif des pétroliers à simple coque (sous la forme d'une révision de la règle 13 G de l'annexe I de Marpol 73/78) qui est entré en vigueur le 1^{er} septembre 2002 (le programme de retrait des pétroliers simple coque a été une nouvelle fois accéléré par le biais de l'adoption en décembre 2003 d'une nouvelle résolution de l'OMI qui a créé une règle 13 H destinée aux pétroliers transportant des hydrocarbures lourds). La Communauté européenne, par le biais du règlement du Parlement et du Conseil, a adopté le règlement CE 417/2002 du 18 février 2002 instaurant la mise en place d'un calendrier spécifique d'élimination des navires à simple coque entrant dans les ports des Etats membres de la Communauté européenne ou battant pavillon de ces mêmes Etats. Le règlement, directement applicable, a établi un calendrier accéléré de retrait¹⁸⁹¹ selon les différentes catégories de navire, s'imposant aux Etats membres et durcissant les dernières évolutions de la réglementation de l'OMI. Ainsi, le maintien en exploitation des pétroliers à simple coque, autorisé sous certaines conditions dans le cadre de la Convention Marpol de l'OMI, ne l'est plus dans le cadre communautaire. En effet, à la suite du naufrage du Prestige, la Commission européenne a adopté le règlement CE 1726/2003¹⁸⁹², entré en vigueur le 22 octobre 2003, qui modifie le règlement CE 417/2002. Ce texte interdit le séjour dans les ports (ou dans les terminaux en mer et interdit même de jeter l'ancre dans une zone relevant de la juridiction

européens (Allemagne, Autriche, Italie, France, Espagne, Royaume-Uni, Hongrie, Suède, Danemark, Grèce, Norvège, Pays-Bas...) et surtout de la Commission économique pour l'Europe.

¹⁸⁹¹ Selon le règlement CE 417/2002, le retrait des pétroliers à simple coque doit, pour les hydrocarbures lourds, s'échelonner entre 2003 et 2008 en fonction du port en lourd du navire. Pour les autres hydrocarbures, le retrait des navires s'échelonne entre 2003 et 2010 selon le port en lourd, le type et l'année de construction du navire (sous certaines conditions le retrait peut être porté jusqu'à 2015 ou au jour où le navire atteint l'âge de 25 ans).

¹⁸⁹² JO des Communautés européennes, L. 249 du 22 juillet 2003.

d'un Etat membre) des Etats membres de la Communauté européenne des pétroliers à simple coque de plus de 5000 tonnes de port en lourd de pétrole lourd.

En outre, les normes internationales adoptées par la Communauté européenne étant intégrées dans le système juridique communautaire, elles vont alors bénéficier d'une interprétation uniforme dans tous les Etats membres, interprétation assurée par la Cour de justice des Communautés européennes. Cette interprétation uniforme permet ainsi de régler les problèmes de divergences d'interprétation par les tribunaux nationaux. Il faut pourtant préciser, que de telles divergences pourront perdurer s'agissant des Etats non membres de la Communauté européenne.

992. Il ne faut pourtant pas conclure de ces observations que l'action régionale ne présente que des qualités. Le régionalisme obéit à plusieurs logiques contradictoires qui constituent des obstacles à l'universalisme. Tout d'abord, les Etats géographiquement proches composant ces coopérations régionales, peuvent avoir des intérêts divergents, ce qui constitue autant d'obstacles à l'adoption d'une législation uniforme ou au contraire des intérêts avec seulement quelques Etats de la Communauté ou des Etats tiers ce qui va les conduire à conclure des accord parallèles. Il faut ainsi noter que le Danemark, la Finlande et la Suède (Etats de la Communauté européenne) mais également la Norvège qui ne fait pas partie de la Communauté, ont rapproché leur législation en matière maritime. Il s'agit du Code maritime nordique (nordic maritime Code) dont la dernière version a été adopté en 1994¹⁸⁹³.

Il est ensuite difficile maintenant que la Communauté européenne est composée de vingt-sept membres de trouver une position commune. Ensuite, cette législation uniforme, si elle est adoptée au niveau régional, peut se confronter à la résistance tant des législations nationales qu'à celle des juridictions nationales. Il y a aussi le fait qu'en général, « plus large est la zone où l'unification est recherchée, plus généraux et moins spécifiques doivent être les principes sur lesquels l'unification est réalisée »¹⁸⁹⁴. Cela est dû au fait que ce droit adopté au niveau régional est un droit qui résulte d'un accord négocié. Il en découle le risque que cette unification du droit se fasse au niveau juridique du système le moins avancé, et que ce droit ait des termes tellement larges et généraux qu'il laisse une place importante à une éventuelle désunification des Etat ou des tribunaux qui auront à préciser ces principes. Enfin, il y a le risque d'adoption d'une législation régionale en contradiction avec le droit international qui créerait la confusion et un risque d'incertitude juridique.

¹⁸⁹³ Hugo Tiberg, *The nordic maritime Code*, Lloyd's 1995, p. 532.

¹⁸⁹⁴ Roy Graveson, *L'étendu du domaine de l'unification du droit*, Revue internationale de droit comparé 1964, p. 7.

993. Pour conclure ces développements, ces deux analyses contraires à propos de l'influence du droit communautaire sur le droit international doivent être dépassées. L'unification régionale est une réalité. Il semble que ce soit un mouvement irréversible. Il est possible de considérer que le droit communautaire, tout en étant un vecteur de l'unification ou en tout cas de l'harmonisation du droit au niveau international, permet d'adapter le mouvement de mondialisation du droit aux impératifs particuliers que connaissent les nations européennes. Ce droit régional est lui aussi marqué par la force des particularismes juridiques nationaux. Il a été possible d'en voir une illustration avec les difficultés variables que les systèmes juridiques européens ont rencontré face aux directives communautaires¹⁸⁹⁵. Il en résulte que les instances communautaires peuvent avoir des difficultés à avoir une position commune sur un problème soulevant la controverse entre les Etats membres. Dès lors, comment pourraient-elles être un moteur ou en tout cas un relais d'unification ou d'harmonisation ?

994. Il faut, de ce fait, souscrire aux théories post-modernes du droit, et constater une globalisation et une diversification des modes de régulation de la sphère juridique car au niveau national et international se superpose un niveau régional. Ce phénomène s'accompagnant d'un abandon progressif du mythe de l'universalisme des règles juridiques. Le post-modernisme se caractérise par la complexité des règles juridiques, par leur diversité qui n'occasionne aucune entrave à la loi du marché¹⁸⁹⁶. Une observation de la réalité des choses semble confirmer cette théorie. En effet, en matière de droit des contrats, l'uniformité a été longtemps affirmée comme étant nécessaire pour faciliter le commerce international. Pourtant, les deux plus grands ensembles économiques du globe, les Etats-Unis et l'Europe¹⁸⁹⁷ ne connaissent pas l'unité du droit des contrats en leur sein¹⁸⁹⁸ (il n'y a pas d'unité mais il faut toutefois relever une certaine harmonisation de celui-ci). Peut être qu'une législation uniforme permettrait de développer davantage les échanges. Il est en tout cas

¹⁸⁹⁵ Jean-Bernard Aubry, *La globalisation, le droit et l'Etat*, op. cit. , n°30.

¹⁸⁹⁶ André-Jean Arnaud, *Entre modernité et mondialisation, cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, op. cit. , p. 176, 177 et 178.

¹⁸⁹⁷ Il faut pourtant noter l'adoption au niveau européen, à la suite de deux résolutions du Parlement européen du 26 mai 1989 et du 6 mai 1994, des Principes of European Contract law. Ces principes ont pour but la création d'un droit privé unique concernant les professionnels et les consommateurs. Ils devraient éventuellement être insérés dans un futur Code civil européen. Ces principes répondent à ceux adoptés au niveau international par l'Unidroit : les Principes of International Contracts. Ces principes n'ont cependant rien de contraignant. Le besoin de flexibilité du commerce international conduit à des « listes ouvertes » sur le modèle des Restatements américains (créés en 1932 par l'American Law Association. Ce sont des recueils qui affirment le droit existant. Ils sont fondés sur la valeur juridique du précédent judiciaire. Ces Restatements sont très suivis par les tribunaux des Etats-Unis mais restent une initiative nationale due à un système juridique particulier) auxquelles les opérateurs peuvent se référer.

¹⁸⁹⁸ Severinjn Hartkamp, *Modernisation and harmonisation of contracts law : objectives, methods and scope*, publié in *Revue de droit uniforme*, 2003, ½, vol. VIII, p. 81 et s.

évident que si l'unification du droit du commerce international n'est pas assurée par des conventions « interétatiques » ou d'autres solutions législatives, cela ne signifie pas que le commerce international soit un milieu sans règles. Il est régi par différents procédés d'autorégulation créés par les opérateurs.

995. Monsieur Hayek parlant de la globalisation estime que cette « interdépendance de tous les hommes (...) qui tend à faire du genre humain un seul monde uni et qui n'est pas seulement un effet du marché mais n'aurait pas été réalisable par d'autres moyens »¹⁸⁹⁹. Cela illustre le pragmatisme du droit post-moderne qui reconnaît le caractère inéluctable d'une société ouverte et de ce fait, admet les inégalités qui en découlent.

996. Il est cependant possible de constater une résistance des Etats, tant à la relativité des règles juridiques, qu'à l'idée d'abandonner les relations commerciales internationales à la loi du marché. Cette résistance est évidente en matière de droit du transport international de marchandises par mer, la CNUDCI élaborant une nouvelle convention internationale sur le transport maritime de marchandises qui doit permettre la « ré-unification du droit des transports maritimes » et assurer « un équilibre entre les intérêts des chargeurs et des transporteurs »¹⁹⁰⁰. A cet égard le projet de Convention semble tenir compte de ce phénomène de régionalisation du droit et semble vouloir s'appuyer sur des institutions régionales puisqu'il contient un article 96 intitulé « participation d'organisations régionales d'intégration économique ». Cet article prévoyant qu' « une organisation régionale d'intégration économique constituée par des Etats souverains et ayant compétence sur certaines matières régies par la présente Convention peut elle aussi signer, ratifier, accepter, approuver la présente Convention ou y adhérer. En pareil cas, elle aura les mêmes droits et obligations qu'un Etat contractant, dans la mesure où elle a compétence sur des matières régies par la présente Convention ». La Communauté européenne pourrait ainsi devenir partie à cette Convention et permettre d'une part que celle-ci s'applique dans tous ses pays membres. D'autre part les Etats membres de la Communauté européenne bénéficieraient d'une interprétation uniforme assurée par la Cour de justice des Communautés européennes.

¹⁸⁹⁹ Friedrich A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, trad. Française, T2, *Le mirage de la justice sociale*, PUF Paris, 1981, 136.

¹⁹⁰⁰ Philippe Delebecque, *Le projet CNUDCI d'instrument sur le transport de marchandises par mer*, op. cit. , p. 916 et 917.

Conclusion du Titre II :

997. Face au demi échec d'une uniformisation par le biais contractuel du droit applicable au transport international de marchandises, il a fallu se demander s'il n'existait pas une uniformisation plus générale de cette matière par le biais des usages : la formation d'un macro-droit. L'éventualité d'un retour à une loi des marchands, à un droit spontané venu de la base, a dû être écarté. Le transport international de marchandises par mer est presque totalement régi par des Conventions internationales impératives devant lesquelles les usages doivent s'effacer.

998. S'est alors posée la question de l'étendue matérielle de l'unification au travers de la possibilité d'une restauration de la liberté contractuelle. Il est apparu qu'il est impossible de laisser tous les aspects du droit du transport international de marchandises à la libre disposition des parties. C'est d'ailleurs cette optique que semble privilégier le projet de Convention de la CNUDCI qui s'oriente vers un régime impératif laissant toutefois une certaine place à l'autonomie de la volonté.

En ce qui concerne, enfin, l'étendue géographique de l'unification, au final si la possibilité d'une uniformité globale de la matière paraît impossible, un niveau d'action plus restreint (régional) pour unifier le droit du transport international de marchandises par mer n'apparaît pas non plus adapté. En effet, le propre de ce transport étant d'être justement international, des règles régionales seraient relativement inefficaces, si ce n'est pour donner une impulsion d'uniformisation.

Conclusion de la Partie II :

999. Les opérateurs du transport international de marchandises par mer sont confrontés à une réglementation internationale désunifiée, une réglementation manquant de prévisibilité et qui de ce fait ne semble pas garantir un niveau de sécurité juridique suffisant¹⁹⁰¹. Pourtant les transports internationaux de marchandises par mer continuent à se développer, les opérateurs assurent et utilisent toujours le transport maritime de marchandises. Il apparaît alors que ce manque d'unification du droit ne semble pas être un obstacle au développement des transactions. Il est dès lors possible de se demander si les opérateurs n'ont pas essayé d'assurer à leur niveau, par le biais des outils contractuels à leur disposition, une certaine prévisibilité du droit applicable à leur litige (ce serait la réalisation d'un micro-droit¹⁹⁰²), cette utilisation des techniques contractuelles pouvant constituer, par sa répétition et son extension, un corpus juridique « a-national » (ce serait la réalisation d'un macro-droit¹⁹⁰³). Ce procédé n'est cependant réalisable que, parce que le législateur permet, par le jeu de l'autonomie de la volonté, qu'il reconnaisse aux opérateurs, que ceux-ci règlent leur litige en faisant appel à une instance spécialisée, l'arbitre dans l'arbitrage commercial international, et à un droit tout aussi particulier, les principes et règles de la Lex Mercatoria. Dès lors, ni ce droit ni cette instance ne sont autonomes, ils sont soumis aux dispositions impératives nationales et internationales.

1000. L'uniformité de la législation applicable au contrat de transport international de marchandises par mer n'ayant été réalisée ni par les Etats ni par les opérateurs, il a d'abord fallu se demander si celle-ci ne peut s'effectuer de façon partielle en laissant un rôle important à l'autonomie de la volonté ? Il a été démontré que malgré l'importance des outils contractuels en matière de commerce international, ceux-ci restent, en la matière, encadrés au niveau national (que ce soit par le droit national stricto sensu ou par les Conventions d'unification du droit substantiel intégrées par les Etats). Il est dès lors possible de reprendre la conclusion de Monsieur de Béchillon selon laquelle « le droit international est un droit fait par les Etats »¹⁹⁰⁴ en ce sens qu'une norme devient juridique dès lors qu'une décision, une sanction ou une investiture de l'Etat s'applique à elle.

1001. C'est aux Etats qu'incombe la tâche de réaliser une éventuelle unification, reste à déterminer le niveau d'action adapté. Le niveau international et celui national ayant été jugés

¹⁹⁰¹ Cf. première partie de cette étude.

¹⁹⁰² Cf. supra n° 557 et s.

¹⁹⁰³ Cf. supra n° 792 et s.

¹⁹⁰⁴ Denys de Béchillon, *La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité*, in *La production des normes entre Etat et société civile*, sous la direction d'Evelyne Serverin et Arnaud Berthoud, L'harmattan Paris, 2000, p. 72 et 73.

inadéquats, restait à se demander si une unification au niveau régional était possible¹⁹⁰⁵. Ce niveau d'action, s'il peut servir de relais ou d'impulsion à l'action internationale, ne peut s'y substituer dans un domaine tel que le transport international de marchandises par mer qui présente un caractère intrinsèquement international.

1002. Malgré ces prospectives sur le moyen d'unifier¹⁹⁰⁶, il apparaît au final que le droit international applicable au transport international de marchandises par mer est toujours aussi complexe. Outre les différentes Conventions internationales entrant en conflit, subsistent des dispositions internes, les opérateurs recourent aussi largement aux contrats-types, à l'arbitrage, à des instruments du commerce international...

Pourtant, ce manque d'uniformité des règles de droit applicables ne semble pas avoir d'incidences sur le développement et le fonctionnement du transport international de marchandises par mer. Il est dès lors possible de douter que ces opérateurs aient besoin d'une uniformité du droit. En effet, ces commerçants peuvent, au contraire, trouver dans la diversité de la réglementation applicable en cette matière un moyen d'adapter le droit applicable à leur contrat, de le moduler à la spécificité de leurs relations d'affaires, de la marchandise transportée, du service proposé par le transporteur, de la route maritime... Il est aussi possible de se demander si la diversité de la réglementation applicable en cette matière n'est pas simplement le reflet d'une société complexe régie par tout un réseau de règles enchevêtrées ?

Il apparaît également que le droit du transport maritime n'est pas régi seulement par des règles d'origine nationale ou internationale mais aussi par des règles d'origine « a-nationale ». Ces sources alternatives de règlement des difficultés semblent être un moyen efficace de comblement des lacunes qui persistent dans l'unification conventionnelle (par des Conventions internationales) du droit du transport maritime, tout en évitant le recours aux règles de conflit.

¹⁹⁰⁵ Cf. supra n° 970 et s.

¹⁹⁰⁶ Comment uniformiser ? Quoi uniformiser ? Qui peut uniformiser ? A quel niveau faut-il réaliser cette uniformisation... ?

Conclusion générale

1003. Cette recherche permet de porter une appréciation sur la réalité et le besoin d'uniformité du droit du transport international de marchandises par mer. Force a été de constater le caractère complexe de la réglementation du fait de son interactivité et de son instabilité¹⁹⁰⁷. Il est dès lors possible de développer l'idée d'un droit positif du transport international de marchandises par mer formant un système, composé d'éléments réunis par un réseau de relations plus ou moins complexes. Ce système présente les caractéristiques des systèmes juridiques¹⁹⁰⁸ en ce qu'il est ouvert (il entretient des relations étroites avec des intervenants économiques et politiques) et imparfait en ce qu'il contient des normes contradictoires. Ce système juridique est original par rapport à ses équivalents nationaux car le droit n'est ni construit à partir du haut comme notre système juridique, ni élaboré de façon spontanée par le bas, mais est plutôt construit par touches horizontales successives de normes de valeurs différentes, de provenances diverses, ayant un champ d'application dissemblable.

1004. Faut-il pour autant abandonner l'idée et la prétention à une uniformité de la réglementation applicable en ce domaine ?

Il n'est pas possible, pour plusieurs raisons, de répondre de façon affirmative à cette question. D'une part, la doctrine considère, de façon unanime, qu'il est nécessaire qu'il y ait une certaine harmonisation de la législation au niveau international¹⁹⁰⁹, afin notamment, de réduire les coûts du transport de marchandises. La multiplication des textes et la complexité de leur coordination pèsent sur les opérateurs économiques. Ceux-ci sont « souvent contraints de s'attacher les services d'experts juridiques pour démêler l'enchevêtrement des textes »¹⁹¹⁰. Ces expertises ont un coût très élevé puisque selon l'OCDE¹⁹¹¹, elles représenteraient trois ou quatre points de PIB¹⁹¹².

D'autre part, ainsi que l'affirme le Professeur Audit, « les nécessités des relations internationales, rendues plus pressantes que jamais par la nouvelle impulsion désignée comme

¹⁹⁰⁷ Christian Godin, *Les voies de la mondialisation, La totalité réalisée*, Champ vallon, vol. 6, 2003, p. 455. Cité par Mireille Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit (III)*, Seuil 2006, p. 26.

¹⁹⁰⁸ Raymond Gassin, *Système et droit*, Revue de la recherche juridique 1980, n° 11, p. 353 et s.

¹⁹⁰⁹ Comme l'affirme Irineu Strenger : le « commerce international... plus que toute autre activité humaine, exige des conditions de sécurité telles qu'elles ne laissent aucune marge aux incertitudes... ». Irineu Strenger, *La notion de Lex Mercatoria en droit du commerce international*, RCADIP 1991, p. 281.

¹⁹¹⁰ Raphaël Piastra, *Trop de loi en France ...*, D 2006, n° 16, p. 1060.

¹⁹¹¹ Organisation de coopération et de développement économique, il s'agit d'une organisation européenne à compétence économique créée en 1960 qui a pour tâche essentielle l'aide au développement. Son siège est à Paris.

¹⁹¹² Produit intérieur brut. C'est ce qui ressort du Rapport annuel du Conseil d'Etat 2006, *Rapport public 2006*, La Documentation française.

la « mondialisation », interdisent de se détourner de toute préoccupation universaliste »¹⁹¹³.

Cette « préoccupation universaliste » ne signifie pas forcément l'adoption d'une réglementation à vocation universelle. Il paraît nécessaire de rechercher le niveau d'action le plus approprié, le niveau d'action international n'étant pas toujours le meilleur.

Comme l'exprime le Professeur Kronke, « la question traditionnelle de savoir s'il est préférable de commencer avec l'harmonisation universelle pour ensuite la mettre en œuvre ou la modifier au niveau régional (de « haut en bas »), ou bien partir de la base au niveau régional et ensuite de procéder, si nécessaire, à un encadrement universel (« de bas en haut »), ne peut trouver de réponse univoque »¹⁹¹⁴. Seule une recherche pragmatique pourra le déterminer (selon le domaine, le type d'action). D'ailleurs, un niveau d'action n'est pas exclusif d'un autre : une unification réduite pouvant servir de relais, voire d'exemple et permettre une unification plus large. Cette complexité de la législation semble ainsi être un phénomène positif, un dynamisme qui vient enrichir la réglementation, la rend plus adaptée. Il est possible d'être optimiste et de penser que l'Union européenne ou les Communautés européennes permettront de réaliser une unification au sein des pays européens. Compte tenu du développement de compétences régionales, le Professeur Bonassies, s'exprimant sur le droit maritime européen, estime que « le droit européen rôde aujourd'hui autour de la demeure du droit maritime français »¹⁹¹⁵.

1005. Si la recherche d'une uniformité paraît toujours souhaitable, celle-ci ne doit pas être le fait exclusif des Etats : les opérateurs du commerce international ont aussi un rôle à jouer dans cette recherche. En effet, l'uniformisation des coutumes et des pratiques contractuelles, qui semble être un mouvement naturel, complète¹⁹¹⁶, soutient et parfois prépare¹⁹¹⁷ l'unification des lois. Dès lors, cette unification des lois pourrait ainsi être atteinte, ou du moins il serait possible de s'en approcher. Ces développements ont démontré que l'unification tentée par les Etats laisse toutefois subsister les règles dégagées et utilisées par la pratique, regroupées sous le vocable de *Lex Mercatoria*. En effet, la réglementation applicable au contrat de transport international de marchandises par mer ne peut être appréhendée en se limitant seulement à l'étude des Conventions internationales, celle-ci est infiniment plus complexe, composée d'usages, pratiques contractuelles...

¹⁹¹³ Bernard Audit, *Le droit international privé en quête d'universalité*, RCADI 2003, T. 305, n° 479, p. 475.

¹⁹¹⁴ Herbert Kronke, *Harmonisation mondiale du droit privé et intégration économique régionale : hypothèses, certitudes et questions pendantes*, Revue droit uniforme, 2003, ½, p. 17.

¹⁹¹⁵ Pierre Bonassies, *Le droit maritime européen*, Scapel 2005, p. 13.

¹⁹¹⁶ C'est le cas par exemple des règles applicables au connaissance informatique, qui en l'absence d'une réglementation sont issues de la pratique.

¹⁹¹⁷ La généralisation de l'usage de la « négligence clause » par les transporteurs a appelé une unification internationale impérative pour proscrire ces clauses.

1006. L'affrontement entre normes étatiques ou inter-étatiques et normes émanant de la pratique doit être dépassé. Il est plus juste d'envisager leur coexistence sur le plan d'une interdépendance, ou en tout cas sous celui d'une influence réciproque. Il s'agirait ainsi d'une manifestation du « pluralisme ordonné » dont parle le Professeur Delmas-Marty car des différences sont admises (pluralisme) mais ce droit semble réussir « à dépasser la contradiction entre l'un et le multiple »¹⁹¹⁸ (caractère ordonné).

Les conventions internationales et différentes lois nationales exercent une double influence sur la Lex Mercatoria. D'une façon directe d'abord, car celle-ci s'efface devant une règle impérative qu'elle soit d'origine nationale ou internationale. De façon indirecte aussi, car la Lex Mercatoria va en général reprendre soit des principes que l'on trouve dans quasiment tous les droits internes, soit des règles posées par des conventions internationales bénéficiant d'une large aura.

Inversement, la Lex Mercatoria exerce aussi une influence sur les conventions internationales. La Lex Mercatoria apparaît comme une source coutumière du droit. Il a été vu que son contenu émergeait progressivement de la pratique contractuelle et arbitrale. De ce fait, elle est la manifestation de la recherche continue par les opérateurs du commerce international de règles appropriées à leurs activités.

1007. Il est dès lors légitime de se demander si l'intervention des Etats est toujours souhaitable et légitime en matière de droit du transport international de marchandises par mer ou s'ils ne serait pas préférable de laisser aux opérateurs le soin de régir eux-mêmes leurs relations contractuelles ?

Cette éventualité doit être rejetée car il n'est pas souhaitable de laisser aux opérateurs du transport international de marchandises par mer une totale libre disposition de leurs droits. On s'exposerait alors au risque d'un retour des clauses d'exonération de responsabilité. Il apparaît dès lors que les Etats et les organisations internationales compétentes ont un rôle à jouer en ce domaine.

En outre, face aux changements apportés par le développement du transport multimodal et l'utilisation du commerce électronique, il est nécessaire de réformer le droit des transports de manière à réglementer tous les contrats de transport. Il serait, en effet, fondé que les contrats, qu'ils utilisent un ou plusieurs modes de transport et qu'ils soient conclus sous forme électronique ou par écrit, soient tous régis par le même texte. C'est sans doute pour ces raisons que la méthode conventionnelle, malgré ses défauts, est toujours privilégiée par les

¹⁹¹⁸ Mireille Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné, les forces imaginantes du droit (III)*, op. cit. , p. 26.

Etats et les organisations internationales. Les Conventions internationales, si elles n'éliminent pas totalement les conflits de lois, en réduisent considérablement le domaine. Elles ont en outre le mérite de fournir une réglementation adéquate à la matière traitée.

Le projet de Convention de la CNUDCI démontre que les Etats ont toujours pour ambition d'unifier le droit du transport international de marchandises par mer mais qu'ils tiennent compte des critiques et de la nécessité de réviser les outils conventionnels existants. Ce projet de Convention multimodal trans-maritime de la CNUDCI est animé d'une volonté d'établir un instrument d'harmonisation juridique qui soit universellement acceptable. Ce choix, fait par les Etats d'élaborer une nouvelle convention internationale, peut se justifier par l'impératif d'édicter des règles contraignantes permettant l'équilibre entre les obligations du contrat de transport.

1008. Il est nécessaire de conserver le caractère impératif de certains aspects du contrat de transport international de marchandises par mer afin de protéger une partie ou des intérêts nationaux. De ce fait, une réglementation internationale impérative uniforme a toujours une raison d'être. D'un autre côté, les dispositions élaborées par les opérateurs et dictées par les nécessités économiques doivent inspirer les rédacteurs de Conventions internationales. Ceux-ci sont invités à respecter le caractère particulier du droit du transport maritime qui apparaît moins fondé sur les dangers de la navigation et la spécificité du milieu, que sur le fondement du droit du transport maritime dans les usages et pratiques contractuelles et sur son caractère international. Il est ainsi souhaitable de préserver l'autonomie de la volonté pour les aspects du contrat ne requérant pas cette protection. De ce fait, la Lex Mercatoria, outil indispensable du commerce international, paraît avoir un rôle à jouer. C'est d'ailleurs en ce sens que semble aller le projet de Convention de la CNUDCI qui veut conserver le caractère impératif de certains aspects du transport tout en laissant les autres à l'autonomie de la volonté. Les rédacteurs du projet de Convention de la CNUDCI semblant ainsi avoir intégré l'observation du Professeur Vogel selon laquelle « l'unification réussit quand elle est efficace ; elle échoue quand elle n'est pas indispensable »¹⁹¹⁹.

Des espoirs peuvent être fondés sur le projet de Convention de la CNUDCI. Ce texte fait déjà pourtant l'objet de critiques doctrinales¹⁹²⁰. Une fois l'élaboration terminée¹⁹²¹, il faudra ensuite qu'il soit largement ratifié ou adopté, ce qui n'est pas du tout assuré. Même dans cette hypothèse optimiste, cette future Convention pourra être confrontée à des divergences

¹⁹¹⁹ Louis Vogel, *Unifier le droit : le rêve impossible*, LGDJ Paris, 2001, p. 8.

¹⁹²⁰ Entre autres, Yves Tassel, *Projet CNUDCI une double critique de fond*, DMF 2004.

¹⁹²¹ D'après le calendrier de la CNUDCI le texte devrait être prêt en 2008, il pourrait être alors proposé à la ratification des Etats. Cf. supra n° 515 et s.

d'applications ou d'interprétations de la part des Etats membres. Elle pourra encore entrer en conflit avec d'autres dispositions nationales ou internationales. Il apparaît, par conséquent, que ce projet d'instrument est certes intéressant et qu'il présente des qualités, mais il n'est certainement pas le remède à toutes les difficultés juridiques engendrées par la coexistence des textes applicables aux contrats de transport de marchandises par mer.

Seul l'avenir dira si ce projet de Convention sortira des chantiers de la CNUCED, aura pour marraine la communauté internationale, saura naviguer sur les mouvantes eaux internationales, sera suffisamment bien construit pour en éviter les écueils et entraîner dans son sillage une mer paisible et uniforme dans laquelle pourront croiser en toute sécurité les armateurs et chargeurs.

1009. Cette étude sur l'uniformité du droit du transport international de marchandises par mer ouvre ainsi de vastes perspectives de recherches.

D'une part, afin que cette nouvelle Convention ne soit pas source de difficultés supplémentaires, il conviendra de faire cesser les conflits entre les différentes Conventions internationales déjà en vigueur. Il sera aussi nécessaire d'étudier la coexistence entre cette nouvelle Convention et le droit existant (Convention de Bruxelles de 1924, Règles de Hambourg, droit national, usages, outils contractuels). Le fait est que « les conventions continuent de pousser « comme des champignons » avec la complicité de la plupart des internationalistes » provoquant des cas de chevauchement et d'incohérence. Pourtant, comme le souligne Monsieur Fulchiron « les conventions constituent des instruments indispensables dans un monde où se multiplient les échanges, qu'elles doivent sans cesse se développer et se perfectionner... »¹⁹²². La doctrine ayant à ce sujet un rôle important à jouer en matière d'uniformité du droit et de rapprochement des législations internationales. C'est grâce à la formation universitaire et à la doctrine que les juristes forment leur « culture juridique », c'est ce qui marquera leur conception du droit. Celle-ci devrait intervenir non seulement dans l'interprétation et la compréhension du droit, mais aussi dans son application et même dans sa création.

D'autre part, il semblerait légitime de rechercher, au vue de l'importance des Conventions internationales en matière de transport de marchandises par mer et du développement de la régionalisation du droit en Europe, si le droit national des transports internationaux (loi de 1966) a encore une raison d'être ?

¹⁹²² Hugues Fulchiron, *Les conventions internationales : présentation sommaire*, in *L'enfant et les conventions internationales* (sous la direction de J. Rubellin-Devichi et R. Franck), Presses Universitaires de Lyon, 1996, p. 27.

1010. Le droit du transport international de marchandises par mer a perdu son uniformité naturelle, pourtant celui-ci se caractérise actuellement par un souci d'unification internationale. Cette unification apparaît à tous comme un idéal souhaitable pour procurer au monde maritime la sécurité juridique dont il a besoin mais semble, telle la tapisserie de Pénélope, toujours défaite et toujours à recommencer¹⁹²³.

¹⁹²³ Homère, *L'odyssée*, Garnier-Flammarion 1965, II 93. « Alors le jour elle tissait la grande toile, et, la nuit, elle défaisait son ouvrage, à la lumière des flambeaux ».

Bibliographie

Textes officiels.....	561
Documents et publications internationales.....	562
Ouvrages généraux.....	563
Ouvrages spécialisés.....	565
Chroniques et articles.....	568
Thèses.....	594
Mémoires.....	595
Colloques et séminaires.....	598
Cours.....	599
Sources électroniques.....	600
Notes de jurisprudence.....	601

Textes officiels

- Conventions internationales :

ONU et institutions spécialisées :

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969.

Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer, 30 mars 1978 (Règles de Hambourg).

CMI :

Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, 25 août 1924 (Règles de La Haye).

Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance modifiée par le Protocole du 23 février 1968 (Règles de La Haye et de Visby).

Convention de Bruxelles pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance modifiée par le Protocole du 23 février 1968 et le Protocole du 21 décembre 1979.

CEE :

Convention de Bruxelles sur la compétence internationale et la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale, 27 septembre 1968.

Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, 19 juin 1980.

- Textes communautaires

Traité de Rome, 25 mars 1957.

Règlements CE 4055/86, 4056/86, 4057/86, 4058/86 du 22 décembre 1986.

Règlement CE 44/2001 du 22 décembre 2000.

- Textes de droit interne

Loi n° 66-420 du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transports maritimes

- Recueil de textes :

Olivier Cachard, *Code maritime, droit international et droits européens*, Codes Larcier thématiques, 2006 Bruxelles, 341 p.

Documents et publications internationales

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, *Conférence de révision de la convention des Nations unies relative à un code de conduite des conférences maritimes*, 18/06/1991. TD/CODE.2/12.

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, rapport du secrétariat de la CNUCED, *Le rôle du transport dans le commerce entre pays en développement*, 03/08/1992. UNCTAD/SHIP/640.

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, *Conférence de révision de la convention des Nations unies relative à un code de conduite des conférences maritimes : rapport de la conférence de révision*, 11/07/1991. TD/CODE. 2/13.

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, Commission Economique pour l'Europe des Nations unies, *Informations sur la facilitation du commerce : adoption des règles uniformes du CMI relatives aux lettres de transport maritime*, 09/07/1991. TD/B/FAL/INF.116.

Délégation du Sénat pour l'Union européenne. Rapport d'information sous la direction de Jacques Oudin, *Politique des transports : l'Europe en retard*, 03/03/2001.

Commission des Nations unies pour le droit commercial international, Groupe de travail sur le transport (groupe III), *Le projet de Convention sur le transport maritime de marchandises*, du 6 au 17/10/2003.

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, *Le commerce maritime mondial vers une croissance soutenue*, janvier-avril 1992, n°13.

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, rapport du secrétariat de la CNUCED (sur les travaux du Conseil du commerce et du développement et de la Commission des transports maritimes), *Incidences économiques et commerciales de l'entrée*

en vigueur des Règles de Hambourg et de la Convention des Nations unies sur le transport multimodal international de marchandises, 10/11/1989. TD/B/C.4/315 (part II).

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, rapport du secrétariat de la CNUCED (sur les travaux du Conseil du commerce et du développement et de la Commission des transports maritimes), *Evolution des transports maritimes mondiaux : déséquilibre entre l'offre et la demande dans les transports maritimes mondiaux*, 28/03/1990. TD/B/C.4/333.

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, rapport du secrétariat de la CNUCED (sur les travaux du Conseil du commerce et du développement et de la Commission des transports maritimes), *Etude sur les transports maritimes*.

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, *Evolution des activités de la CnuCED dans le domaine des transports maritimes et des services connexes*, mars-avril 1995, n°31.

Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement, conseil du commerce, commission des transports maritimes, *Rapport sur les incidences économiques et commerciales de l'entrée en vigueur des Règles de Hambourg (2ème partie)*, 15/12/1987. TD/B/C.4/313.

Ouvrages généraux

ANCEL B. et LEQUETTE Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4ème éd., grands arrêts, Dalloz, Paris, 2001, 820 p.

AUDIT B., *Droit international privé*, 4ème éd., collection droit civil, Economica, Paris, 2006, 930 p.

BONASSIES P. et SCAPEL C., *Traité de droit maritime*, LGDJ, Paris, 2006, 878 p.

BOYER A., *Le droit maritime*, "que sais-je" n°1252, PUF, Paris, 1967, 128 p.

CARREAU D., *Droit international*, études internationales, Pédone, Paris, 1999, 662 p.

CLAVIER J-P. et LUCAS F-X., *Droit commercial*, Champs Université, Flammarion, 2003, 371 p.

COMBACAU J. et SUR S., *Droit international public*, Domat droit public, Montchrestien, Paris, 1993, 821 p.

DEUMIER P., *Le droit spontané*, Economica Recherches Juridiques, Paris, 2002, 477 p.

ENCINAS DE MUNAGORRI R. et LHUILIER G., *Introduction au droit*, Champs Université, Flammarion, 2002, 361 p.

- FOUCHARD P. GAILLARD E. et GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, 1225 p.
- GAVALDA C. et LUCAS DE LEYSSAC C., *L'arbitrage*, connaissance du droit, Dalloz, Paris, 1993, 100 p.
- GOURION P-A. et PEYNARD G., *Droit du commerce international*, 2ème édition, systèmes, LGDJ, Paris, 1997, 205 p.
- GUILLIEN R. VINCENT J. (sous la direction de GUINCHARD S. et MONTAGNIER G.), *Lexique des termes juridiques*, 15ème édition, Dalloz, Paris, 2005, 662 p.
- GUTMANN D., *Droit international privé*, cours Dalloz série droit privé, Dalloz, Paris, 1999, 287 p.
- HABERMAS J., *Droit et démocratie (entre faits et normes)*, essais, Gallimard, 1997, 547 p.
- HART H. L. A., *Le concept de droit*, droit, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, 257 p.
- JACQUET J-M. et DELEBECQUE P., *Droit du commerce international*, 3ème édition, cours Dalloz série droit privé, Dalloz, Paris, 2002, 500 p.
- JESTAZ P. , *Les sources du droit*, Connaissances du droit, Dalloz, Paris, 2005, 158 p.
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, collection philosophie du droit, Dalloz, Paris, 1962, 496 p.
- KENFACK H., *Droit du commerce international*, mémento, Dalloz, Paris, 2002, 156 p.
- LE BAYON A. , *Dictionnaire de droit maritime*, collect. Didact droit, Presses Universitaires de Rennes, 2004.
- LOUSSOUARN Y. et BOUREL P., *Droit international privé*, 7ème édition, précis droit privé, Dalloz, Paris, 2001, 832 p.
- LOUSSOUARN Y. et BREDIN J-D., *Droit du commerce international*, , Sirey, Paris, 1969, 696 p.
- MAYER P. et HEUZE V., *Droit international privé*, 8ème édition, Domat droit public, Montchrestien, Paris, 2004, 784 p.
- MESTRE J. et PANCRAZI M. E., *Droit commercial*, 26ème édition, manuel, LGDJ, Paris, 2003, 1055 p.
- MONEGER F., *Droit international privé*, 2ème édition, objectif droit, Litec, Paris, 2003, 268 p.
- MOUSSERON J-M., FABRE R., RAYNARD J., PIERRE J-L., *Droit du commerce international*, Litec, Paris, 1997, 517 p.
- PETIT B., *Droit commercial*, 3ème édition, objectif droit, Litec, Paris, 2005, 153 p.

- REMOND-GOUILLOUD M., *Droit maritime*, 2ème édition, études internationales, Pédone, Paris, 1993, 498 p.
- RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, manuel, LGDJ, Paris, 2002, 1098 p.
- RIPERT G., *Droit maritime, tome II*, 4ème édition, Rousseau et compagnie, 1952, 963 p.
- RIPERT G. et ROBLOT R., *Traité de droit commercial, tome II*, 13ème édition, LGDJ, Paris, 1992, 1288 p.
- RODIERE R., *Introduction au droit comparé*, 1^{ère} édition, précis Dalloz, Dalloz, Paris, 1979, 161 p.
- RODIERE R., *Traité général de droit maritime*, Dalloz, Paris, 1968, introduction 711p. et Tome II 472 p.
- RODIERE R. et DU PONTAVICE E., *Droit maritime*, 11ème édition, précis Dalloz, Dalloz, Paris, 1991, 495 p.
- SERIAUX A., *Le droit naturel*, que sais-je ?, PUF, Paris, 1993, 126 p.
- THIREAU J-L., *Introduction historique au droit*, Champs Université, Flammarion, Paris, 2001, 386 p.
- VIALARD A., *Droit maritime*, droit fondamental, droit commercial, PUF, Paris, 1997, 503 p.

Ouvrages spécialisés

- Académie de droit international, sous la direction de R-J. DUPUY, *Manuel sur les organisations internationales*, coll. Les livres de droit de l'académie, Dordrecht, Boston, 1998, 967 p.
- ALTER M., *Droit des transports terrestres, aériens, maritimes internes et internationaux*, mémentos Dalloz, Dalloz, Paris, 1984, 180 p.
- ARNAUD J-A., *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, droit et société, LGDJ, Paris, 1998, 185 p.
- ASSONITIS G., *Réglementation internationale des transports maritimes dans le cadre de la CNUCED*, 1ère édition, publications de l'institut universitaire de hautes études internationales, Genève, éditions PUF, Paris, 1991, 309 p.
- ATTAR F., *Le droit international entre ordre et chaos*, Hachette, Paris, 1994, 625 p.
- AUBRY J-B., *La globalisation, le droit et l'Etat*, clefs politique, Montchrestien, 2003, 151 p.
- BAUCHET P., *Le transport international dans l'économie mondiale*, Economica, Paris, 1998, 569 p.

- BAUCHET P., *Les transports mondiaux, instrument de domination*, Economica, Paris, 1998, 304 p.
- BEGUIN J., *L'arbitrage commercial international*, collection de droit comparé, centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987, 279 p.
- BELLAYER-ROILLE A., *Le transport maritime et les politiques de sécurité de l'union européenne*, Publication du centre de recherches européennes, série études, éditions Apogée, Rennes, 2000, 476 p.
- BONNECASE J., *Traité de droit commercial maritime*, Recueil Sirey, Paris, 1922 et 1923, 760 p.
- BRIERE C., *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, Bibliothèque de droit privé, tome 347, LGDJ, Paris, 2001, 426 p.
- DAHAN M., *La pratique française du droit du commerce international*, l'exportateur, les éditions du CFCE, Paris, 1992, 706 p.
- DANJON D., *Traité de droit maritime*, LGDJ, Paris, tome I et II, 1910 et 1912, 655 p. et 797 p.
- DELMAS-MARTY M., *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil Essais Paris, 1998, 201 p.
- DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit (III)*, Seuil, Paris, 304 p.
- DEMOGUE R., *L'unification internationale du droit privé (leçons faites à la faculté de droit de l'Université de Buenos Aires)*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1927, 204 p.
- DOMINICE C., *L'ordre juridique international entre tradition et innovation*, recueil d'études, publications de l'institut universitaire de hautes études internationales, Genève, éditions PUF, Paris, 1997, 513 p.
- ERDMENGER J., *Vers une politique des transports pour l'Europe*, collection Europe, éditions Labor, RTL édition, Fernand Nathan, Bruxelles, 1984, 182 p.
- FOUCHARD P., GAILLARD E. et GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, 1225 p.
- FRAIKIN G., *Traité de la responsabilité du transporteur maritime*, bibliothèque de droit maritime, XIII, LGDJ, Paris, 1957, 464 p.
- GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, collection droit civil, série études et recherches, Economica, Paris, 1985, 250 p.
- GAURIER D., *Le droit maritime romain*, Presses universitaires de Rennes, 2004, 227 p.
- HEUZE V. et GHESTIN J. (éditeur scientifique), *Traité des contrats, la vente internationale de marchandises : droit uniforme*, LGDJ, Paris, 2000, 604 p.

Institut International pour l'unification du droit privé, *L'unification du droit (aperçu général des travaux pour l'unification du droit privé 1953-1955)*, éditions Unidroit, Rome, 1956, 555 p.

JACQUET J-M., *Le contrat international*, 2ème édition, connaissance du droit, Dalloz, Paris, 1999, 136 p.

KASSIS A., *Théorie générale des usages du commerce*, LGDJ, Paris, 1984, 602 p.

KOULOURIS M., *Les aspects récents du droit international en matière des transports maritimes internationaux (coopération internationale)*, relations maritimes internationales, imprimerie Chromotipotechniki, Athènes, 1973, 142 p.

LAPRADELLE DE A. et NIBOYET J-P., *Répertoire de droit international (11 vol.)*, librairie du recueil Sirey, Paris, tome I, 1929.

LARDY P., *La force obligatoire du droit international en droit interne*, Bibliothèque de droit international, tome 36, LGDJ, Paris, 1966, 279 p.

LAVERGNE L. (mis à jour par G.H. LAFAGE), *Les transports par mer*, 4^{ème} et 5^{ème} éd., R. Moreux et compagnie, 1972 et 1975, 176 p.

LEJBOWICZ A., *Philosophie du droit international. L'impossible capture de l'humanité, fondements de la politique*, PUF, Paris, 1999, 442 p.

LIMPIENS J., *Relations entre l'unification au niveau régional et l'unification au niveau universel (extrait de la Revue internationale de droit comparé)*, Imprimerie moderne, Agen, 1964, 26 p.

LOUSSOUARN Y. et BREDIN J-D., *Droit du commerce international*, Sirey Paris, 1969, 696 p.

MAJOROS F., *Les conventions internationales en matière de droit privé (abrégé théorique et traité pratique)*, 2 tomes, éditions A. Pédone, Paris, 1980, 567 p.

MARAIS G., *Les transports internationaux de marchandises par mer et la jurisprudence en droit comparé (loi du 9 avril 1936)*, LGDJ, Paris, 1949, 289 p.

MELLOULI S., *La responsabilité du transporteur maritime de marchandises*, Centre d'études, de recherches et de publications, Tunis, 1993, 379 p.

MERCADAL B., *Droit des transports terrestres et aériens*, Précis, Dalloz, Paris, 1996, 436 p.

MERLOZ G., *La CNUCED, droit international et développement*, série : sciences juridiques du développement, publications de la Faculté de droit de l'Université René Descartes (Paris V), éditeur : établissements Bruylant, Bruxelles, 1980, 460 p.

OPPÉTIT B., *Théorie de l'arbitrage*, droit éthique société, PUF, Paris, 1998, 120 p.

- OSMAN F., *Les principes généraux de la lex mercatoria (contribution à l'étude d'un ordre juridique anational)*, bibliothèque de droit privé, tome 224, LGDJ, Paris, 1992, 506 p.
- PUTZEYS J., *Les ventes internationales et les transports. Les nouveaux incoterms*, Bruylant Académia, Bruxelles, 1992, 52 p.
- RACINE J-B., *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, bibliothèque de droit privé, tome 309, LGDJ, Paris, 1999, 613 p.
- RAJOT B., *Transports maritimes et concurrence communautaire*, collection droit des affaires et de l'entreprise dirigée par Yves Guyon, Economica, Paris, 2001, 310 p.
- RODIERE R. et MERCADAL B., *Droit des transports terrestres et aériens*, 5ème édition, Précis, Dalloz, Paris, 1990, 478 p.
- SAUVAGE F., *Manuel pratique du transport des marchandises par mer (la loi du 2 avril 1936 et la convention de Bruxelles d'après la jurisprudence)*, LGDJ, Paris, 1955, 183 p.
- SAUVAGE F., *La législation nouvelle sur les transports maritimes de marchandises (loi du 2 avril 1936 et Convention Internationale de Bruxelles)*, LGDJ, Paris, 1937, 172 p.
- SAUVAGE F., *Le transport de marchandises par mer (loi du 18 juin 1966 et décret du 31 décembre 1966)*, LGDJ, Paris, 1957, 95 p.
- SCAPEL C. et BONNAUD J., *Les conventions internationales sur le transport des marchandises : mer, fer, route, air (textes réunis et présentés par)*, Pratic Export, les éditions du commerce international, 1992, 112 p.
- SIMON P., *La main invisible et le droit*, Belles Lettres Paris, 1992, 291 p.
- SUR G., *La coutume internationale* (extrait du Juris-classeur Droit International), Litec, Paris, 1990, 24 p.
- VAN DE KERCHOVE M. et OST F., *Le système juridique entre ordre et désordre*, les voies du droit, PUF, 1988, 250 p.

Chroniques et articles

- ABEILLE M., *Révision du code de conduite, règlements européens... Que devient le bilatéralisme ?*, in J. Lebullenger et D. Le Morvan (dir.). "La communauté européenne et la mer" . (Actes du colloque de Brest, octobre 1998,), Economica, 1990, 830 p., p.579-599
- ACHARD R., *Le symposium sur l'arbitrage maritime international : une présentation de l'objet et du fonctionnement de l'organisation internationale d'arbitrage maritime (OIAM)*, JMM, n° 3203, 07/05/1981, p. 1068 et 1069

- ACHARD R., *Chargement en pontée irrégulier, dol, faute intentionnelle ou inexcusable et limitation de responsabilité du transporteur maritime*, DMF, 1983, p. 1-13
- ALTER M., *La Convention sur les transports de marchandises par mer (Règles de Hambourg)*, JDI (Clunet) n°4, 1979, p. 793-815
- AMMAR D., *L'office du juge et le droit international privé*, Revue de jurisprudence commerciale, 1999, p. 246-259
- ANCEL M., *Rapprochement, unification ou harmonisation des droits ?*, in Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, 1184 p. , p. 1-12
- ANSELMEK P., *Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen in "Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg"*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 33-66
- ARRADON F., *L'incorporation des clauses de charte-partie dans les connaissements*, DMF n° 653, 2004, p. 883-889
- ARRADON F., *L'arbitrage maritime : le point de vue du praticien*, DMF mai 2007, spécial arbitrage, p. 389-397.
- ARRADON F., *Arbitrage international à Paris et arbitrage à Paris selon la loi française*, DMF n° 646, 2004, p. 231-240
- ASSER M.C., *Droit international privé et droit uniforme*, Revue de droit international et de législations comparée, 1980, p. 14-22
- ATALLAH A., *Quelques réflexions sur le développement du "forum shopping"*, DMF, 2001, p. 867-881
- AUCHTER G., *Règles de Hambourg*, Revue juridique et économique, vol. XIV n°12, 1979, 470 p.
- AUDIT B., *L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles*, in Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, "l'internationalisation du droit", Dalloz, Paris, 1994, 416 p. , p. 15-29
- AUDIT B., *Qualification et droit international privé*, Revue française de théorie juridique, n°18 : "la qualification", 1993, p. 55-65
- BARBERIS J. A., *Réflexions sur la coutume internationale*, AFDI, éditions du CNRS, 1990, p. 9-46
- BARBERIS J. A., *Le concept de "traité international" et ses limites*, AFDI, éditions du CNRS, 1984, p. 239-270
- BAUCHET P., *Réflexions sur l'intervention de l'Etat dans le transport maritime et aérien international*, annales IMTM, 1985, p. 159-169

- BAUER H., *Les traités et les règles de droit international privé matériel*, RCDIP, 1966, p. 537-574
- BERAUDO J-P., *Le modèle français dans l'élaboration des conventions de droit privé*, in études offertes à Alain Plantey : "l'internationalité dans les institutions et le droit, convergences et défis", éditions A. Pédone, Paris, 1995, 371 p., p. 177-184
- BERAUDO J-P., *Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international*, JCP, éd. G doctrine I 3482, 1995, p. 189-194
- BERGEL J-L., *Méthodes de coordination des textes et droit des transports*, SCAPEL n°1 (spécial 70ème anniversaire), 1994, p. 13-22
- BERNARD M., *Le code historique des conférences maritimes et ses problèmes de mise en œuvre*, JMM, n° 3227, 22/10/1981, p. 2520-2527
- BOLLEE S., *Quelques remarques sur les injonctions anti-suit visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt The front comor de la Chambre des Lords)*, Revue de l'arbitrage 2007, n° 2, p. 223-248
- BONASSIES P., *Institutions judiciaires, Arbitrage, Clause compromissoire*, DMF Hors série n°6 Pierre Bonassies : "le droit positif français en 2001", 2002, p. 10 et 11
- BONASSIES P., *Arbitrage et droit communautaire*, in Mélanges en hommage à Jean Boulouis : "l'Europe et le droit", éditions Dalloz, Paris, 1991, 556 p. , p. 21-33
- BONASSIES P., *Pour une nouvelle ordonnance de la marine*, in Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida, Dalloz, Paris, 1991, 424 p. , p. 23-28
- BONASSIES P., *Aspects nouveaux de la responsabilité du capitaine*, DMF n°622, 2002, p. 3-13
- BONASSIES P., *Le droit international et le droit communautaire en 1998-1999*, Scapel juillet-août-septembre, 1999, p. 121-123
- BONASSIES P., *La politique commune des transports : historique et avenir*, in J. Lebullenger et D. Le Morvan (dir.). "La communauté européenne et la mer" . (Actes du colloque de Brest, octobre 1998), Economica, 1990, 830 p. , p. 505-523
- BONASSIES P., *Le droit positif français en 1991*, DMF n°512, 1992, p. 3 et s.
- BONASSIES P., *Brèves observations sur le développement de l'arbitrage en droit français*, DMF n° 646, 2004, p. 211-214
- BONASSIES P., *L'unification du droit maritime et le droit français*, Il diritto marittimo, 1999, p. 86-93
- BONASSIES P., *Le droit maritime européen*, SCAPEL, 2005, p. 5-13

- BONASSIES P., *Le projet de Convention internationale sur la responsabilité pour dommages liés au transport par mer de marchandises dangereuses*, annales IMTM, 1991, dossier : "mer, navires et pollution", 1991, p. 53-62
- BONASSIES P., *La nouvelle Convention internationale sur les privilèges et hypothèques maritimes*, annales IMTM, 1993-1994, 10ème anniversaire, p. 133-152
- BONASSIES P., *Le droit maritime classique et la sécurité des espaces maritimes*, Collection espaces et ressources maritimes, economica, n°1, 1986, p. 115-135
- BONASSIES P., *Les nouveaux textes sur la limitation de responsabilité de l'armateur, Evolution ou mutation ?*, Annales IMTM, 1985, p. 143-157
- BONASSIES P., *Règles de La Haye, Règles de Hambourg, Règles de Marseille. Réflexions sur un projet de nouvelle convention internationale sur le transport maritime de marchandises*, Annales IMTM 1989, n° spécial "dossier : les plates-formes portuaires et le transport maritime à l'heure des EDI", 1989, p. 105-130
- BONASSIES P., *La Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg 1978)*, Annales IMTM 1996, n° spécial "dossier : vingt ans de conventions internationales importantes", 1996, p. 71-79
- BONASSIES P., *L'entrée en vigueur des Règles de Hambourg*, Annales IMTM 1992, n° spécial "dossier : les Règles de Hambourg", 1992, p. 87-102
- BONASSIES P., *Le domaine d'application des Règles de Hambourg*, Annales IMTM 1992, n° spécial "dossier : les Règles de Hambourg", 1992, p. 15-32
- BONNAUD J., *Un incident à la livraison : le défaut de présentation du connaissement*, SCAPEL, 2002, octobre, novembre, décembre, p. 133-138
- BONNAUD J., *La limite d'indemnisation du transporteur maritime*, Annales IMTM, 1986, p. 181-189
- BOSTANJI S., *De la promotion des usages du commerce international par la justice étatique (à propos de l'affaire Interco C/ North African International Bank)*, Clunet, 2005, p. 1067-1091
- BOUAYAD A., *Le code de conduite des conférences maritimes : perspectives d'évolution*, in J. Lebullenger et D. Le Morvan (dir.). "La communauté européenne et la mer" . (Actes du colloque de Brest, octobre 1998), Economica, 1990, 830 p., p. 543-551
- BOYLE A., *Dispute settlement and the law of the sea convention : problems of fragmentation and jurisdiction*, ICLQ, vol. 46, part. 1, 1997, p. 37-54
- BREDIN J-D., *A la recherche de l'Aequitas Mercatoria*, in Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, "l'internationalisation du droit", Dalloz, Paris, 1994, 416 p., p. 109-118

- BRUNET A et OHLMANN J-C., *Le droit de la concurrence instrument de restauration de la libre volonté contractuelle*, in études offertes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg : "le rôle de la volonté dans les actes juridiques", éditions Bruylant, Bruxelles, 2000, 935 p. , p. 129-155
- CACHARD O. , *Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire*, Revue de l'arbitrage, 2006, n° 4, p. 893-908
- CALAIS-AULOY J., *Le transporteur maritime de marchandises a-t-il les moyens d'échapper au régime impératif de responsabilité ?*, DMF, 1969, p. 259-271
- CARBONNEAU T. E., *Etude historique et comparée de l'arbitrage : vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences*, RIDC n°4, 1984, p. 727-781
- CARBONNIER J., *La loi en soi est-elle un mal ?*, in "l'hypothèse du non droit" contributions extraites du XXX ème séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Université de Liège, 1978, 324 p. , p. 299-310
- CARRIER R., *Anti-suit injunction : la jurisprudence Turner s'applique même en cas de soumission alléguée des litiges à l'arbitrage*, Scapel 2006, p. 5-8
- CASSIA P., *La sécurité juridique un "nouveau" principe général du droit aux multiples facettes*, D, partie Chronique, 2006, p. 1190-1195
- CHAO A., *Conférences maritimes : condamnées à terme, seront-elles remplacées ?*, Bull. des transports, n°2379, 25/04/1990, p. 277-279
- CHAO A., *Transport maritime, accidents : voyage dans un labyrinthe*, Bull. des transports n°2435, 01/07/1991, p. 448-450
- CHAO A., *Clause Paramount, quand la loi française interfère...*, Bull. des transports n°2593, 19/12/1994, p. 899-902
- CHAO A., *Transport maritime, limites de responsabilité*, Bull. des transports n°2560, 28/03/1994, p. 250-252
- CHAO A., *Transport maritime, le chargeur chargé*, Bull. des transports n°2486, 07/09/1992, p. 518-520
- CHAO A., *Règles uniformes à l'étude au CMI*, Bull. des transports n°2368, 07/02/1990, p. 97 et 98
- CHAO A., *Règles de Hambourg, premières applications, premières interprétations*, Bull. des transports n°2690, 20/01/1997, p. 55 et 56
- CHAO A., *Les Règles de Hambourg vues de Marseille*, Bull. des transports n°2505, 25/01/1993, p. 60-63

- CHAO A. et ODIER F. et GUERIN M., *Règles de Hambourg*, Bull. des transports, supplément au n°2496, 16/11/1992, p. 1-20
- CHAPON J., *Contribution à une réflexion pour une politique maritime de la France*, Annales IMTM 1987, n° spécial "la France face aux défis maritimes", 1987, p. 161-173
- CHARLES-LE-BIHAN D. et LEBULLENGER J., *Les accords bilatéraux au regard du droit communautaire*, in J. Lebullenger et D. Le Morvan (dir.), "La communauté européenne et la mer" . (Actes du colloque de Brest, octobre 1998), Economica, 1990, 427 p. , p. 601-619
- CHAUMETTE P., *Transports maritimes*, Répertoire Communautaire Dalloz, 1995, p. 1-11
- CHAUVEAU P., *Droit maritime et droit de la mer*, ADMA, tome V, 1980, p. 11-15
- CHAUVEAU P., *Quelques réflexions sur la limitation de responsabilité de l'armateur*, ADMA, tome II, 1975, p. 11-19
- CHAUVEAU P., *La Convention sur les connaissements mise en accusation*, ADMA, tome I, 1974, p. 7-18
- CHAUVEAU P., *L'unification du Droit maritime et le CMI*, RTD Com, 1963, p. 737-757
- CHEVALLIER J., *Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique*, RDP, 1998, p. 659-690
- Chronique sous la responsabilité d'Isabelle BON-GARCIN, *Les transports, contrats et responsabilité*, JCP, éd Aff. N°40, 2001, p. 1570-1577
- COLLINS L., *Floating charges, receivers and managers and the conflict of laws*, ICLQ, vol. 27, part 4, 1978, p. 691-710
- CORBIER I. , *Montego Bay et pratiques nationales déviantes*, DMF 2006 n° 676, p. 936-945.
- DAILLIER P., *La participation des communautés européennes aux relations internationales maritimes : enseignements de la pratique récente*, ADMA, tome III, 1976, p. 103-137
- DAVID R., *Le droit du commerce international : nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou nouvelle "Lex Mercatoria"*, in *New direction in international trade law*, vol. 1, Oceana Publication, Inc, New York, 1977, p. 5-20
- DE BECHILLON D., *La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité*, in *La production des normes entre Etat et société civile*, sous la direction de Serverin E. et Berthoud A., L'Harmattan Paris, 2000, p. 47-75, 315 p.
- DE FOS COLETTE G., *Transport maritime, les chargeurs plaident pour les Règles de Hambourg*, Bull. des transports n°2555, 21/02/1994, p. 135-138
- DE LY F., *La pratique de l'arbitrage commercial international et la vente internationale*, Revue de droit des affaires internationales, n°3-4, 2001, p. 465-475

- DE SOUSA FRANCO A., *Pour une réflexion sur les fondements du droit de l'économie, facteurs de mutation de l'ordre juridico-économique*, in Mélanges offerts à Jorge Campinos, PUF, Paris, 1996, 441 p., p. 401-416
- DELAPORTE V., *Conférences maritimes et nouveau code de conduite*, ADMA, tome IV, 1979, p. 283-292
- DELAUME G. R., *L'arbitrage transnational et les tribunaux nationaux*, JDI (Clunet) n°3, 1984, p. 521-547
- DELEBECQUE P., *Le projet CNUDCI sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer : derniers pas avant une adoption ?* DMF n° 685, 2007, p. 771-778.
- DELEBECQUE P., *Le projet de Convention sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer*, DMF n° 673, 2006, p. 691-699
- DELEBECQUE P., *Le projet de Convention sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer (après la session de Vienne de novembre 2006)*, DMF n° 680, 2007, p. 291-299
- DELEBECQUE P., *Les travaux du Comité droit des transports sur le projet CNUDCI*, DMF n° 652, 2004, p. 820-823
- DELEBECQUE P., *Le projet CNUDCI d'instrument sur le transport de marchandises par mer*, DMF n° 642, 2003, p. 915-939
- DELEBECQUE P., *Les premiers travaux de la CNUDCI sur le projet préliminaire d'instrument relatif au transport de marchandises par mer*, SCAPEL, 2002, p. 84-89
- DELEBECQUE P., *La Convention de Montréal du 28 mai 1999 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international ou le nouveau droit du transport aérien*, JDI, 2005, p. 263-280
- DELEBECQUE P., *La jurisprudence Chronopost : quelle portée pour le droit maritime ?* DMF n° 662, 2005, p. 675 et 676
- DELEBECQUE P., *Vente internationale et transport maritime*, in Mélanges Christian Mouly, Litec, Paris, 1998, 460 p., p. 349-359
- DELEBECQUE P., « *anti-suit injunction* » et arbitrage : quels remèdes, *Gazette de la Chambre arbitrale maritime de Paris*, n° 12, 2006, p. 2 et 3.
- DELEBECQUE P., *Contrats de service : quelle qualification ?*, *Gazette de la Chambre arbitrale maritime de Paris*, n° 4, printemps 2004, p. 2-4
- DELEBECQUE P. et JACQUET J-M., *Droit du commerce international*, RTD Com n°4, 2001, p. 1049-1070

- DELMAS-MARTY M., *Un "pluralisme ordonné"*, Le droit dans la société, Cahiers français n° 288, 1998, p. 26
- DELVOLVE J-L., *L'influence des conventions internationales sur le droit français de l'arbitrage*, in études offertes à Alain Plantey : l'internationalité dans les institutions et le droit, convergences et défis, éditions A. Pédone, Paris, 1995, 371 p. , p. 95-103
- DERAINS Y., *Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale*, in études offertes à Berthold Goldman : "Le droit des relations économiques internationales", Librairies Techniques, Litec, Paris, 1982, 427 p. , p. 29-46
- DERAINS Y., *Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale*, JDI (Clunet) n°1, 1993, p. 829-855
- DERAINS Y., *L'application cumulative par l'arbitrage des systèmes de conflit de lois intéressés au litige*, Revue de l'arbitrage, 1972, p. 99-121
- DIALLO I. K., *Conflits de lois et conflits de conventions dans le transport international de marchandises par mer*, DMF, 1988, p. 643-655
- DIERYCK C., *Les Incoterms thèmes et réflexions*, in Jacques Putzeys : "les ventes internationales et les transports, les nouveaux Incoterms", séminaire de droit des transports, Université Catholique de Louvain, éd. Bruylant, Bruxelles, 1992, pagination multiple
- DOMINICE C., *La contribution de l'institut de droit international au développement du droit de l'organisation internationale*, in Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos : "Droit et justice", éditions A. Pédone, Paris, 1999, 705 p., p. 101-115
- DOMINICE C., *L'individu, la coutume internationale et le juge national*, in Mélanges dédiés à Robert Pelloux, éditions l'Hermès, Lyon, 1980, 342 p. , p.193-209
- DOR I., *L'"Oil Pollution Act" américain*, Bull. des transports, n°2417, 27/02 au 04/03/1991, p. 149 et 150
- DOUAY C., *La convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg 1978)*, Bull. des transports internationaux par chemin de fer, vol. 86, 1979, p. 3-25
- DROSS W., *La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? (à propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence)*, D, Chronique, 2006, p. 472-476
- DU PONTAVICE E., *Conventions internationales et droit interne (les conventions internationales en matière de transport maritime ou aérien étendent-elles leur objet aux relations internes ou ne gouvernent-elles que les relations internationales ?)*, ADMA, tome V, 1980, p. 17-85

- DU PONTAVICE E., *Affaire "droit de l'environnement "versus" droit maritime" ou la décision rendue le 18 avril 1984 concernant "l'Amoco-Cadiz"*, ADMA, tome VIII, 1985, p. 9-58
- DU PONTAVICE E., *La responsabilité des consignataires de navires ou un exemple de ce qu'il ne faut pas faire lorsqu'on entend réformer le droit maritime*, in études offertes à René Rodière, Dalloz, Paris, 1981, 540 p. , p. 447-463
- DU PONTAVICE E., *Termes des chartes-parties*, DMF n°350, 1978, p. 75-85
- DU PONTAVICE E., *L'œuvre du doyen Rodière en droit maritime*, DMF n°407, 1982, p. 643-657
- DU PONTAVICE E., *Observations sur la distinction entre contrat de transport de marchandises par mer*, ADMA tome IX, 1987, p. 11-39
- DU PONTAVICE E., *Révision de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance de Bruxelles du 25 août 1924*, DMF n°307, 1974, p. 387 et 388
- DU PONTAVICE E., *Etat actuel et avenir du droit maritime*, ADMA, tome XII : "études en hommage au Professeur Mircea Mateesco-Matte", 1993, p. 37-58
- DUPUY P-M., *Droit des traités, codification et responsabilité internationale*, AFDI, éditions du CNRS, 1997, p. 7-30
- DUTHEIL DE LA ROCHERE J., *Une institution spécialisée renaissante : la nouvelle Organisation Maritime Internationale*, AFDI, éditions du CNRS, 1976 XXII, p. 434-475
- DUTOIT B. et MAJOROS F., *Le lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles*, RCDI, 1984, p. 565-596
- EISEMANN F., *Le Règlement CCI-CMI du Comité international d'arbitrage maritime*, DMF, 1980, p. 195-199
- EL OUALI A., *La sentence internationale directement applicable*, in Mélanges offerts à Paul Reuter : "Le droit international : unité et diversité", éditions A. Pédone, Paris, 1981, 584 p, p. 269-292
- ELHOUEISS J-L., *Retour sur la qualification Lege causae en droit international privé*, JDI, 2005, p. 281-313
- ELHOUEISS J-L., *L'élément d'extranéité préalable en droit international privé*, JDI, 2003, p. 39-85
- FERRARI F., *Les rapports entre les conventions de droit matériel uniforme en matière contractuelle et la nécessité d'une interprétation interconventionnelle*, JDI, 2003, p. 791-809

- FIGUIERE G., DE CHASSY C. et BRAJEUX G., *Arbitrage et expertise*, SCAPEL n°1, 2000, p. 5-9
- FORIER P., *Règles de droit essai d'une problématique*, in "la règle de droit" Etudes Chaim Perelman, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1971, p. 7-20
- FORIER P., *Les lacunes du droit*, in "les problèmes des lacunes du droit" Etudes Chaim Perelman, Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, 1967, p. 9-29
- FOUCHARD P., *Les usages, l'arbitre et le juge (à propos de quelques récents arrêts français)*, in études offertes à Berthold Goldman : "Le droit des relations économiques internationales", Librairies Techniques, Litec, Paris, 1982, 427 p. , p. 67-87
- FOUCHARD P., *Le règlement d'arbitrage (les travaux de la CNUDCI)*, JDI (Clunet), n°4, 1979, p. 816-845
- FOUCHARD P., *La Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*, JDI (Clunet) n°1, 1987, p. 861-885
- FRAGISTAS C. N., *Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé*, Revue critique de droit international privé, 1960, p. 1-20
- FRAIKIN G. ET BOQUET A., *Les clauses des connaissances attribuant compétence à un tribunal étranger sont-elles encore valables ?*, DMF, 1980, p. 520-522
- FRAIKIN G. ET LAFAGE G-H., *Le transport sous connaissance en droit français*, in "le transport maritime sous connaissance à l'heure du marché commun", ouvrage sous la direction de M. De Juglart et P. De La Pradelle, Bibliothèque de droit maritime, fluvial aérien et spatial, LGDJ, Paris, 1966, 474 p. , p. 165-241
- GAILLARD E., *Trente ans de Lex Mercatoria. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit*, JDI, (Clunet) n°3, 1995, p. 5-30
- GANNAGE P., *La distinction des conflits internes et des conflits internationaux de lois*, in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier : "Théorie générale du droit et droit transitoire", tome I, Dalloz et Sirey, Paris, 1961, 478 p. , p. 229-240
- GARO P., *Du commerce électronique. Lois-types internationales, directives européennes, droit français, problématique et perspectives en transport maritime et systèmes existant*, SCAPEL, 2003, p. 147-158
- GAUDEMET-TALLON H., *Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres* , in Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, 1184 p. , p.531-568
- GAUDEMET-TALLON H., *L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de La Haye)*, in mélanges en

- l'honneur d'Yvon Loussouarn : "l'internationalisation du droit", Dalloz, Paris, 1994, 416 p., p.181-192
- GAUDEMET-TALLON H., *Convention de Rome du 19 juin 1980*, Jurisclasseur Europe, 1996, fascicule 3199-3205
- GASSIN R., *Système et droit*, Revue de la recherche juridique 1980, n° 11, p. 353.
- GEHAN V-D., *La justice, l'équité et le droit international*, in Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos : "Droit et justice", éditions A. Pédone, Paris, 1999, 705 p. , p. 89-99
- GERMAIN L. R., *Du droit aux systèmes de droit ou relativisation et systématisation*, in "Hommages à Gérard Boulvert", service d'édition scientifique, Université de Nice, 1987, p. 273-279
- GERVAIS A., *Constatations et réflexions sur l'attitude du juge administratif français à l'égard du droit international*, AFDI, éditions du CNRS, 1965, p. 13-39
- GHESTIN J., *Les effets pervers de l'ordre public*, in Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda "propos impertinents de droit des affaires", Dalloz, Paris, 2001, 329 p. , p. 123-131
- GIARDINA A., *Les principes d'Unidroit sur les contrats internationaux*, JDI, (Clunet), 1995, p. 547-584
- GOLDMAN B., *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria*, in "études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive", Faculté de droit de l'Université de Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, éditions Helbing et Lichtenhahn, Bâle, 1993, 790 p. , p. 241-255
- GOLDMAN B., *La Lex Mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives*, JDI, (Clunet) n°3, 1979, p. 475-505
- GOLDMAN B., *Frontières du droit et "Lex Mercatoria"*, Archives de Philosophie du Droit n°9 éditions Sirey, 1964, p. 177-192
- GOLDMAN B., *Une bataille judiciaire autour de la Lex Mercatoria, l'affaire Norsolor*, Revue de l'arbitrage, 1983, p. 739-409
- GOLDMAN B., *La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international*, Revue de l'arbitrage, 1981, p. 469-486
- GOLDMAN B., *Règles de conflit, règles d'application immédiates et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international*, in "l'arbitrage commercial international" travaux du comité français de droit international privé (1966-1969), 1970, p. 119-148
- GOMARD B., *Conflits de lois en droit maritime étranger*, DMF, 1966, p. 571-574
- GOODE R., *Usage and its reception in transnational commercial law*, ICLQ, vol. 46, part. 1, 1997, p. 1-36

- GOTHOT P., *Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé*, RCDI, 1971, p. 1-243
- GOTHOT P., *Le non-droit : précautions introductives*, in "l'hypothèse du non droit" contributions extraites du XXX ème séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Université de Liège, 1978, 324 p. , p. 7-11
- GOVARE J-P., *Les difficultés d'adoption et d'application des conventions maritimes internationales*, JMM n°1417, 13/02/1947, p. 214-220
- GRAVESON R. H., *L'étendue du domaine de l'unification du droit*, Revue internationale de droit comparé, 1964, p. 5-12
- GRESSOT-LEGER S., *Faut-il supprimer le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger lors de l'instance en exequatur ?*, JDI, 2003, p. 767-790
- GRIGGS P., *Le protocole d'Athènes*, DMF n° 625, 2002, p. 291-305
- GRIGGS P., *Obstacles to uniformity of maritime law*, CMI Yearbook, 2002, p. 158-173
- GUIN Y., *Eléments de droit maritime à la fin de l'ancien régime*, ADMA, tome II, 1975, p. 307-324
- HABSCHEID W. J., *L'arbitrage international, avant tout celui selon le règlement de la chambre de commerce internationale et l'autonomie des parties : quelques considérations*, in études offertes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg : "*Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*", éditions Bruylant, Bruxelles, 2000, 935 p. , p. 449-456
- HAGE-CHAHINE F., *La réglementation de la prescription en matière de transports maritimes de marchandises (examen de la portée internationale de l'article 16 de la loi du 18 juin 1966)*, JDI (Clunet), n°1, 1972, p. 17-39
- HARMEL P., *Le législateur et le non-droit*, in "l'hypothèse du non droit" contributions extraites du XXX ème séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Université de Liège, 1978, 324 p. , p. 267-281
- HESSE P-J., *Introduction à une chronique bibliographique d'histoire du droit maritime*, DMF n°373, 1980, p. 643-714
- HESSE P-J., *Aspects du droit contractuel maritime chez les historiens et chroniqueurs du Moyen-âge*, ADMA, 1974, p. 123-147
- HEUSCLING O., *Les mutations du transport maritime mondial*, Problèmes économiques n° 2.433 tiré de l'étude d'Olivier Heuschling : "*Transport maritime mondial, fluctuat nec mergitur*", publiée au Bulletin financier de la Banque Bruxelles Lambert dans son numéro de mars 1995, 02/08/1995, p. 23-28

HEUZE V., *A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction oscillant entre indignation et incrédulité*, JCP I, 2005, p. 671-676

HILAIRE J., *Droit du commerce et influences européennes dans le système juridique français*, Revue française de théorie juridique, n°14 : "l'Europe et le droit", 1991, p. 39-48

HUET A., *Relations habituelles d'affaires et acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction en droit international privé*, in études offertes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg : "le rôle de la volonté dans les actes juridiques", éditions Bruylant, Bruxelles, 2000, 935 p., p. 501-516

HUET A., *Les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales, en droit international privé français*, JDI (Clunet) n°1, 1988, p. 5-35

JACQUET J-M., *Retour sur la règle de conflit de lois en matière de contrats (à propos de l'ouvrage de V. Heuzé : La réglementation française des contrats internationaux)*, JDI (Clunet) n°1, 1991, p. 679-689

JAMBU-MERLIN R., *L'arbitrage maritime*, in études offertes à René Rodière, Dalloz, Paris, 1981, 540 p., p. 401-408

JAMBU-MERLIN R., *Contrats commerciaux, contrats de transport, contrats d'affrètement et de transport maritime*, Jurisclasseur droit international, 1978, fasc. 565

JARROSSON C., *Arbitrage et juridiction*, Revue française de théorie juridique, n°9 : la fonction de juger", 1989, p. 107-117

JARROSSON C., *L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne*, in études offertes à Alain Plantey : l'internationalité dans les institutions et le droit, convergences et défis, éditions A Pédone, Paris, 1995, 371 p., p. 233-241

JUILLARD P., *Existe-t-il des principes généraux du droit international économique ?*, in études offertes à Alain Plantey : "l'internationalité dans les institutions et le droit convergences et défis", éditions A. Pédone, Paris, 1995, 371 p., p. 243-252

KAHN P., *Droit international économique, droit du développement, Lex Mercatoria : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ?*, in études offertes à Berthold Goldman : "Le droit des relations économiques internationales", Librairies Techniques, Litec, Paris, 1982, 427 p., p. 97-107

KAHN P., *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international*, JDI (Clunet) n°1, 1989, p. 305-327

KAHN P., *L'essor du non-droit dans les relations commerciales internationales et le contrat sans loi*, in "l'hypothèse du non droit" contributions extraites du XXX ème séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Université de Liège, 1978, 324 p., p. 231-267

- KAHN P., *La Lex Mercatoria : point de vue français après quarante ans de controverse*, Revue du droit Mc Gill, 1992, p. 413-427
- KEUTGEN G., *Propos sur le statut de l'arbitre*, Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, éditions Bruylant, Bruxelles, 2000, 1092 p. , p.921-952
- KNAPP B., *Unification internationale des règles et désignation du droit applicable*, in Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn : "l'internationalisation du droit", Dalloz, Paris, 1994, 416 p. , p. 219-232
- KOLB R., *Théorie du jus cogens*, Revue belge de droit international, Bruylant, Bruxelles, vol.XXXVI-1, 2003, p. 5-55
- KOUL A. K., *Unification of shipping laws : some aspects*, Indian Journal of International Law, vol. 17, 1977, p. 281-296
- KOULOURIS M., *Le principe de l'égalité des pavillons et de la non-discrimination en matière des transports maritimes internationaux*, Egypte Contemporaine n°346, 1971, p. 101 à 113
- KOVAR R., *Droit communautaire de la concurrence et arbitrage*, in études offertes à Berthold Goldman : "Le droit des relations économiques internationales", Librairies Techniques, Litec, Paris, 1982, 427 p. , p. 109-124
- KREUZER K., *La communautarisation du droit international privé. Les acquis et les perspectives*, in "droit global law, unifier le droit : le rêve impossible", ouvrage sous la direction de L. Vogel, droit comparé, éd. Panthéon Assas, Paris, 2001, 149 p. , p. 97-137
- KRONKE K. , *Harmonisation mondiale du droit privé et intégration économique régionale : hypothèses, certitudes et questions pendantes*, Revue droit uniforme, 2003 ½, p. 11-27
- LABAT J., *Bilan de l'application du code de conduite des conférences maritimes*, in J. Lebullenger et D. Le Morvan (dir.). "La communauté européenne et la mer" (Actes du colloque de Brest, octobre 1998,), Economica, 1990, 830 p., p.535-541
- LAGARDE P., *Approche critique de la Lex Mercatoria*, in études offertes à Berthold Goldman : "Le droit des relations économiques internationales", Librairies Techniques, Litec, Paris, 1982, 427 p., p. 125-150
- LAGARDE P., *Vers une révision de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles ?* , in *Mélanges Yves Guyon*, Dalloz Paris, 2003, p. 565-572.
- LAGARDE P., *Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois ? (à propos de l'arrêt Hocke de la Section commerciale du 4 mars 1963)*, RCDIP, 1964, p. 235-261

- LALIVE P., *Codification et arbitrage international*, in études offertes à Berthold Goldman : "Le droit des relations économiques internationales", Librairies Techniques, Litec, Paris, 1982, 427 p. , p. 151-183
- LATRON P., *Un rappel historique*, DMF, numéro spécial : "1949-1999 50 ans de droit positif" n°591, 1999, p. 197-212
- LATRON P. et REMBAUVILLE-NICOLLE P., *Règles d'York et d'Anvers*, DMF n° 652, 2004, p. 824-836
- LAVENUE J., *Pour une responsabilité du propriétaire de la cargaison et des acteurs engagés dans l'activité de transport par mer des hydrocarbures ?*, 5ème Conférence internationale de Droit Maritime, Le Pirée, 29/09 au 02/10 2004, 19 p.
- LAVIEILLE J-M., *La crise du système international de marché mondial. Marché mondial cherche compétition, humanité cherche futur*, in Mélanges Pierre Braun : "Anthropologies juridiques", cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique, Université de Limoges, 1998, 854 p., p. 449-487
- LAVIEILLE J-M., *Le phénomène d'uniformisation internationale et les régimes politiques*, Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques, tome I, 1975, p. 68-80
- LE GALES P., *Régulation, gouvernance et territoire in "les métamorphoses de la régulation politique" sous la direction de J. Commaille et B. Jobert*, LGDJ, 1998, P. 203-255
- LEBEN C., *La Lex Mercatoria au cœur des débats*, in études offertes à Berthold Goldman : "Le droit des relations économiques internationales", Librairies Techniques, Litec, Paris, 1982, 427 p. , p.360-367
- LEBEN C., *La juridiction internationale*, Revue française de théorie juridique, n°9 : la fonction de juger", 1989, p. 143-155
- LECLERC F., *Les chaînes de contrats en droit international privé*, JDI (Clunet), 1995, p. 267-320
- LEGENDRE C., *La Conférence diplomatique de Bruxelles de 1968*, DMF, 1968, p. 387-404
- LEGENDRE C., *La Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer*, DMF, 1978, p. 388-395
- LEGRAND P., *Pour le common law (bis)*, in Mélanges Christian Mouly, Litec, Paris, 1998, 455 p. , p. 85-88
- LEONARD P., *Les transports maritimes dans les relations Nord-Sud*, Annales IMTM 1989, n° spécial "dossier : les plates-formes portuaires et le transport maritime à l'heure des EDI", 1989, p. 121-130
- LESCOT P., *L'interprétation judiciaire des règles du droit privé uniforme*, JCP, 1963, n°1756

- LEVEL P., *Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre*, in mélanges en l'honneur de Roger Perrot : "nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? ", Dalloz, Paris, 1996, p. 259-276
- LIMPIENS J., *Relations entre l'unification au niveau régional et l'unification au niveau universel*, RIDC, 1964, p. 13-31
- LIPSTEIN K., *One hundred years of Hague conferences on private international law*, ICLQ, vol. 42, part 3, 1993, p. 553-663
- LOPUSKI J., *Contrats maritimes internationaux et le problème de la liberté contractuelle*, DMF, 1983, p. 337-384
- LOPUSKI J., *La coopération internationale dans les affaires maritimes : la formation d'un système institutionnel*, DMF, 1979, p.451-459
- LOPUSKI J., *Les principales lignes d'évolution du droit maritime privé : l'influence exercée par la pression des pays en développement*, DMF, 1987, p. 217-224
- LOQUIN E., *Une synthèse attendue du droit de l'arbitrage commercial international : le Traité de l'arbitrage commercial international de Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman*, JDI (Clunet) n°1, 1996, p. 909-920
- LOQUIN E., *Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international*, JDI (Clunet), 1983, p. 293-345
- LOUBIGNIAC P., *Le contexte concurrentiel des transports maritimes*, Annales IMTM, 1985, p. 171-212
- LYON-CAEN C., *Etudes de droit international privé maritime*, Journal du droit international privé, 1877, p. 479-495
- LYON-CAEN C., *Etudes de droit international privé maritime*, Journal du droit international privé, 1882, p. 241-260, 488-500 et 593-606
- LYON-CAEN G., *De l'évolution de la notion de bonne foi*, RTD Civ tome 46, 1946, p. 75-112
- MAGD J., *L'arbitrage maritime à Londres*, annales IMTM, 1995, dossier : "le rôle des zones d'activités logistiques", 1995, p. 127-164
- MAJOROS F., *A propos de la procédure simplifiée de l'exequatur. La Convention de Bruxelles peut-elle se combiner avec les traités d'exécution bilatéraux conclu entre la Grande-Bretagne et les autres Etats de la CEE ?*, RCDI, 1978, p. 45-57
- MALAN A., *Le rayonnement de la clause compromissoire et de la clause attributive de juridiction dans les opérations de transport maritime*, DMF n° 666, 2006, p. 3-15
- MALAN A., *L'extension du champ d'application d'une convention d'unification matérielle par la volonté des parties*, JDI, 2004, p. 443-464

- MALAURIE P., *Loi uniforme et conflits de lois*, Travaux du Comité français de droit international privé, 1967, p. 83-109.
- MANKABADY S., *Some thoughts on transports law*, in études offertes à René Rodière, Dalloz, Paris, 1981, 540 p. , p. 409-420
- MARQUIS L., *L'interprétation du droit commercial international uniforme : un modèle personnifié par Marc-Antoine*, RIDC n°1, 2002, p. 97-125
- MATEESCO-MATTE M., *Droit maritime, droit aérien, droit extra-atmosphérique et droit international : quel rapport ?*, ADMA, tome V, 1980, p. 301-353
- MAYER P., *L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé*, in Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, "l'internationalisation du droit", Dalloz, Paris, 1994, 416 p. , p. 275-291
- MAYER P., *L'Etat et le droit international privé*, Revue française de théorie juridique, n°16 : "l'Etat" / 2, 1992, p. 33-44
- MAYER P., *Le mythe de l'"ordre juridique de base" (ou Grundlegung)*, in études offertes à Berthold Goldman : "Le droit des relations économiques internationales", Librairies Techniques, Litec, Paris, 1982, 427 p. , p.199-216
- MERCADAL B., *La politique juridique des transports*, ADMA, tome IV, 1979, p. 169-177
- MERCADAL B., *Regards sur le droit des transports*, in études offertes à René Rodière, Dalloz, Paris, 1981, 540 p. , p. 423-438
- MOITRY J-H., *Arbitrage international et droit de la concurrence : vers un ordre public de la Lex Mercatoria*, Revue de l'arbitrage, 1989, p. 3-36
- MONTAS A., *Entre réalité et fiction pratique : libre-propos sur l'articulation des contrats d'affrètement au voyage et de transport de marchandises par mer*, Site Internet du CDMO, p. 1-4
- MOREAU B., *L'influence du modèle français sur l'arbitrage international*, in études offertes à Alain Plantey : l'internationalité dans les institutions et le droit, convergences et défis, éditions A. Pédone, Paris, 1995, 371 p. , p. 214-218
- MORIN M., *Le droit maritime : diversité ou fragmentation*, ADMA, tome XV, 1997, p. 281-291
- MOUSSERON J-M., *Lex Mercatoria bonne mauvaise idée ou mauvaise bonne idée*, in Mélanges dédiés à Louis Boyer, éditions des Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, 831 p. , p.469-490

- MUIR WATT H., *"Laws and Economics" : quel apport pour le droit international privé*, in études offertes à Jacques Ghestin : "Le contrat au début du vingtième siècle", LGDJ, Paris, 2001, 992 p. , p. 685-702
- MUIR WATT H., *Les péripéties internationales de l'article 12 NCPC ou la définition contemporaine du conflit de lois dans l'espace*, in Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda " propos impertinents de droit des affaires", Dalloz, Paris, 2001, 329 p. , p. 235-242
- MUIR WATT H., *Les principes généraux en droit international privé français*, JDI (Clunet) n°1, 1997, p. 403-415
- MUIR WATT H., *Globalisation des marchés et économie politique du droit international privé*, in Archives de philosophie du droit : "La mondialisation entre illusion et utopie", Tome 47, Dalloz, 2003, p. 243, 262
- MULLER W., *Vers un nouveau "Harter Act", réflexions sur les tendances de révision des règles de La Haye*, DMF n°282, 1972, p. 323-329
- MULLER W., *Problèmes du champ d'application des Règles de La Haye et des Règles de Visby*, DMF, 1978, p. 323-325
- NADELMANN K. H., *Méthodes d'unification du droit international privé. La législation uniforme et les conventions internationales*, RCDIP, 1958, p. 37-51
- NDULO M., *The Vienna sales Convention 1980 and the Hague uniform laws on international sale of goods 1964 : a comparative analysis*, ICLQ, vol. 38, part 1, 1989, p. 1-25
- NICOLAS P-Y., *Les Règles de La Haye peuvent-elles encore s'appliquer aux transports internationaux ?*, DMF, 1982, p. 579-588
- NICOLAS P-Y., *Les règles de Hambourg devant les tribunaux français*, DMF n°583, 1998, p. 547-566
- Non signé, *Destinataire maritime : clause de compétence et clause d'arbitrage*, Bull. des transports, n°2717, 01/09/1997, p. 571 et 572
- NUBUKPO K., *Le nouvel ordre maritime international en question*, JMM, n° 3955, 06/10/1995, p. 2478-2480
- OBINNA OKERE B., *The technique of international maritime legislation*, ICLQ, vol. 30, part. 3, 1981, p. 513-536
- ODIER F., *L'application du traité de Rome au transport maritime à propos de l'arrêt de la Cour des Communautés européennes du 04 avril 1974*, ADMA, 1974, p. 149-156
- ODIER F., *Le code de conduite*, ADMA, tome VII, 1983, p. 233-237
- ODIER F., *Le code de conduite des conférences maritimes*, AFDI, éditions du CNRS, 1979, p. 686-692

- O'HARE C.W., *Cargo dispute resolution and the Hamburg rules*, ICLQ, vol. 29, parts 2 and 3, 1980, p. 219-237
- OPPETIT B., *La notion de source du droit et le droit du commerce international*, Archives de Philosophie du Droit tome 27, éditions Sirey, 1982,
- OPPETIT B., *Sur le concept d'arbitrage*, in études offertes à Berthold Goldman : "Le droit des relations économiques internationales", Librairies Techniques, Litec, Paris, 1982, 427 p. , p. 229-239
- OPPETIT B., *Philosophie de l'arbitrage commercial international*, JDI (Clunet) n°1, 1993, p. 811-827
- OPPETIT B., *Les principes généraux en droit international privé*, Archives de philosophie du droit, tome 32, éditions Sirey, 1987, p. 179-187
- OPPETIT B., *Autour du contrat international*, Revue française de théorie juridique, n°12 : "le contrat", 1990, p. 107-115
- OPPETIT B., *La décodification du droit commercial français*, in études offertes à René Rodière, Dalloz, Paris, 1981, 540 p. , p. 197-207
- OPPETIT B., *Sur la coutume en droit privé*, Revue française de théorie juridique, n°3 : "la coutume", 1986, p. 39-50
- PAILLUSSEAU J., *Arbitrage : le choix entre le droit et l'équité*, JCP éd. ent., 2006, p. 19-22
- PARENTHOU R., *L'avarie commune et les règles de Hambourg 1978*, SCAPEL, juillet/août, 1981, p. 156-166
- PARENTHOU R., *Incidences de la modification des statuts du fonds monétaire international du 1er avril 1978 sur les Conventions maritimes internationales prévoyant une limitation de responsabilité se référant à des monnaies or*, Revue de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Marseille, nov-78, p. 103-116
- PARENTHOU R., *Incidences de la modification des statuts du fonds monétaire international du 1er avril 1978 sur les Conventions internationales prévoyant une limitation de responsabilité se référant à des monnaies or*, réunion de travail de l'IMTM du 30 novembre 1978, 1978, p. 87-97
- PARLEANI I. et G., *2001 , la tentation du moyen-âge, l'exemple du parasitisme*, in Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda " propos impertinents de droit des affaires", Dalloz, Paris, 2001, 329 p. , p. 243-261
- PAULSSON J., *La Lex Mercatoria dans l'arbitrage CCI*, Revue de l'arbitrage, 1990, P. 55-100

- PERRIN G., *Réflexion sur le rôle des principes généraux dans l'ordre juridique international*, in Mélanges Guy Flattet : "recueil de travaux offerts à Guy Flattet", Payot, Lausanne, 1985, 551 p. , p. 509-523
- PESCATORE P., *L'application judiciaire des traités internationaux dans la Communauté européenne et dans ses Etats membres*, in Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen : "études de droit des Communautés européennes", A. Pédone, Paris, 1984, 530 p. , p. 355-406
- PESTEL-DEBORD P., *Chargeurs, transporteurs, et "maritimistes" : réflexion sur un siècle de lutttes d'influence*, DMF, 2001, p. 179-186
- PESTEL-DEBORD P., *Clause de compétence et opposabilité au destinataire*, Bull. des transports, n°2514, 29/03/1993, p. 211 et 212
- PEYREFITTE L., *Quelques aspects de la jurisprudence en matière de transport*, in études offertes à René Rodière, Dalloz, Paris, 1981, 540 p. , p. 439-445
- PIERRON A. et PARENTHOU R., *Les nouvelles Règles d'York et d'Anvers*, DMF, 1974, p. 325-329
- PILLET A., *Essai d'un système général de solution des conflits de lois*, JDI (Clunet), 1895, p. 241-259 et 500-517
- PIROTTE O., *L'adoption du Code de conduite pour les conférences maritimes : ou la difficile négociation d'une position commune par les Etats membres de la Communauté*, DMF, 1979, p. 575-593
- PLANTEY A., *L'arbitrage dans le commerce international*, AFDI, éditions du CNRS, 1990, p. 307-321
- PLANTEY A., *Négociation diplomatique et arbitrage commercial international*, in Mélanges Marcel Merle : "les relations internationales à l'épreuve de la science politique", Economica, Paris, 1993, 402 p. , p. 371-381
- POIRIER D'ANGE D'ORSAY P., *Les grandes mutations du droit maritime*, ADMA, tome II, 1975, p. 227-239
- POIRIER D'ANGE D'ORSAY P., *Transport maritime et marché commun*, ADMA, 1974, p. 112-122
- PONSARD A., *La jurisprudence de la Cour de cassation et le droit commercial international*, in études offertes à Berthold Goldman : "Le droit des relations économiques internationales", Librairies Techniques, Litec, Paris, 1982, 427 p. , p.241-259
- POPESCU T., *Le droit du commerce international : nouvelle tâche pour les législateurs nationaux ou nouvelle "Lex Mercatoria"*, in "new direction in international trade law", vol. 1, Oceana Publication, Inc, New York, 1977, p. 21-49

- POTIER J., *La Conférence du Comité maritime international de Hambourg (1^{er}-5 avril 1974)*, DMF, 1974, p. 323-325
- POTIER J., *Réflexions sur le contrat d'affrètement et son avenir*, ADMA, tome II, 1975, p. 21-31
- POUDRET J-F., *L'extension de la clause d'arbitrage : approches françaises et suisse*, JDI (Clunet), 1995, p. 893-915
- PRUJINER A., *La gestion des arbitrages commerciaux internationaux : l'exemple de la Cour d'arbitrage de la CCI*, JDI (Clunet) n°1, 1988, p. 663-718
- PUISSOCHET J-P, *L'affirmation de la personnalité internationale des communautés européennes*, in Mélanges en hommage à Jean Boulouis : "l'Europe et le droit", éditions Dalloz, Paris, 1991, 556 p. , p. 437-450
- PUREZA J. M., *Egalité juridique, inégalité économique et patrimoine commun de l'humanité. Le problème institutionnel.*, in Mélanges offerts à Jorge Campinos, PUF, Paris, 1996, 441 p., p. 381-399
- PUTZEYS J., *Le nationalisme dans le droit international*, in études offertes à René Rodière, Dalloz, Paris, 1981, 540 p. , p. 473-479
- PUTZEYS J., *L'évolution de la responsabilité du transporteur de marchandises*, Journal des tribunaux, tome 4843, 1973, p. 1-5
- RACINE J-B, *Le retard dans le transport maritime de marchandises*, RTD Com, 2003, p. 223-257
- RADE C., *De la rétroactivité des revirements de jurisprudence*, D, partie Chronique, 2005, p. 988-994
- RAMADIER J-C., *Affrètement maritime : rencontre du deuxième type*, Bull. des transports, n°2473, 27/04/1992, p. 283
- RAMADIER J-C., *Transport maritime, état des lieux*, Bull. des transports n°2472, 20/04/1992, p. 264
- RAMBERG J., *Multimodal transport a new dimension of the law of carriage of goods*, in études offertes à René Rodière, Dalloz, Paris, 1981, 540 p. , p.481-492
- RAPATOUT P., *Choix entre Incoterms "2000" : reflets d'une stratégie*, Bull. des transports, n°2588, 09/04/2001, p. 251-253
- RAU A. S. et PEDAMON C., *La contractualisation de l'arbitrage : le modèle américain*, Revue de l'arbitrage n°3, 2001, p. 451-483
- RAYNARD J., *A propos de la subsidiarité en droit privé*, in Mélanges Christian Mouly, Litec, Paris, 1998, 455 p. , p. 131-139

- RICHTER-HANNES D., *Possibility and necessity of the unification of international transport law*, in études offertes à René Rodière, Dalloz, Paris, 1981, 540 p. , p. 503-512
- RIGAUX F., *Souveraineté des Etats et arbitrage transnational*, in études offertes à Berthold Goldman : "Le droit des relations économiques internationales", Librairies Techniques, Litec, Paris, 1982, 427 p. , p. 261-279
- RIGAUX F., *La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie*, RCDI, n°1, tome 74, 1985, p. 1-46
- RIGAUX F., *Droit international privé et droit communautaire*, in mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn : "l'internationalisation du droit", Dalloz, Paris, 1994, 416 p. , p. 341-354
- RIPERT G., *La responsabilité des propriétaires de navires et l'unification internationale du droit maritime*, DMF, 1954, p. 703-711
- RODIERE R., *Le code de conduite des Conférences maritimes*, JDI (Clunet), n°1, 1976, p. 335-341
- RODIERE R., *CNUCED et CNUDCI devant le droit maritime. Un exemple de leur travail*, DMF, 1972, p. 387-394
- RODIERE R., *La limitation de responsabilité du propriétaire de navires (passé, présent et avenir)*, DMF n°289, 1973, p. 259-267
- RODIERE R., *Considérations sur les affrètements et les transports en droit comparé*, DMF n° 361, 1979, p. 387-392
- RODIERE R., *L'interruption de la prescription en matière de transports maritimes (Nécessité d'une réforme législative)*, D, partie Chronique, 1962, p. 195-198
- RODIERE R., *Le transporteur maritime et les marchandises en attente d'embarquement ou de livraison*, D, partie Chronique, 1961, p. 1-6
- RODIERE R., *Le bon état de navigabilité du navire affrété*, DMF, 1965, p. 387-399
- RODIERE R., *Compétence civile ou compétence commerciale en matière maritime ?*, DMF n°301, 1974, p. 511-517
- RODIERE R., *Le particularisme du droit maritime*, DMF n°301, 1974, p. 195-206
- RODIERE R., *Les documents des contrats d'affrètement et de transport et la réforme de 1966*, DMF, 1967, p. 195-202
- RODIERE R., *La responsabilité du transporteur maritime suivant les Règles de Hambourg 1978*, DMF, 1978, p. 451-464
- RODIERE R., *Le respect des taux de fret établis par les conférences maritimes*, Bull. des transports, n°1698, 1975, p. 316 et 317

- RODIERE R., *Les réserves du transporteur et la réforme du droit des transports maritimes*, Bull. des transports, 1967, p. 42-44
- RODIERE R., *La compétence territoriale en matière de transport*, Bull. des transports, n°1735, 1976, p. 228 et 229
- RODIERE R., *La réforme de 1966 à l'épreuve des tribunaux*, Bull. des transports, 1971, p. 406-409, 442 et 443
- RODIERE R., *L'entrée en vigueur de la réforme de 1966 en matière d'affrètement et de transport maritime. La réforme des règles du transport de marchandises*, Bull. des transports, 1967, p. 102-103, 142-143 et 174-176.
- RODIERE R., *La réforme de la Convention de Bruxelles de 1924 sur les transports par connaissance*, Bull. des transports , 1968, p. 90-92
- RODIERE R., *La révision de la Convention de Bruxelles relative aux transports maritimes internationaux*, Bull. des transports internationaux par chemin de fer, 1974, p. 14-41
- RODIERE R., *Loi de 1936 ou Convention de Bruxelles de 1924 ?*, Bull. des transports , 1965, p. 426
- RODIERE R., *Une nouvelle convention sur le transport par mer, les Règles de Hambourg 1978*, Bull. des transports n°1829, 1979, p. 294-297
- RODIERE R., *23 juin 1977 : entrée en vigueur du protocole de modification de la Convention de Bruxelles*, Bull. des transports n°1784, 1977, p. 290-292
- ROHART J-S., *Le CMI aujourd'hui*, DMF n° 652, 2004, p. 787-792
- ROSSET A., *Multiplicity and unification in commercial law reform*, in Mélanges Christian Mouly, Litec, Paris, 1998, 455 p. , p. 155-161
- ROUSSEAU C., *De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international*, RGDIP, 1932, p. 125-145
- SACCO R., *Non, oui, peut-être (unifier le droit privé européen ?)*, in Mélanges Christian Mouly, Litec, Paris, 1998, 455 p. , p. 163-169
- SACCO R., *Les problèmes d'unification du droit*, in "droit global law, unifier le droit : le rêve impossible", ouvrage sous la direction de L. Vogel, droit comparé, éd. Panthéon Assas, Paris, 2001, 149 p. , p. 9-27
- SCHMIDT J., *Quelques brèves remarques sur la spécialisation en droit des affaires*, in Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda " propos impertinents de droit des affaires", Dalloz, Paris, 2001, 329 p. , p. 273-277
- SIMON D., *Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ?*, Revue française de théorie juridique, n°14 : "l'Europe et le droit", 1991, p. 73-86

- SIMON P., *Un droit sans Etat, les règles maritimes*, Institut Euro 92, 1999, 8 p.
- SIMON-DEPITRE M. et LEGENDRE C., *La nouvelle législation sur les contrats d'affrètement et de transports maritimes et le droit international privé*, JDI (Clunet), 1967, p. 598-613
- SIRE P., *Un dialogue de sourd*, DMF, 1975, p. 387-392
- SOYER J-C., *Les aspects de droit international privé de la réforme de droit maritime*, JDI, 1969, p. 610-629
- STALEV J., *Droit uniforme et droit international privé*, in études offertes à René Rodière, Dalloz, Paris, 1981, 540 p. , p. 311-322
- STANMPFLI L., *Le code de conduite des conférences maritimes : exemple d'un nouvel instrument du droit international du développement ?*, Revue Belge de droit international, Bruylant, Bruxelles, vol.XII part.I, 1976, p. 90-115
- STERN B., *La coutume au cœur du droit international, quelques réflexions*, in Mélanges offerts à Paul Reuter : "Le droit international : unité et diversité", éditions A. Pédone, Paris, 1981, 584 p. , p. 479-499
- STERN B., *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit*, AFDI, éditions du CNRS, 1986, p. 7-52
- STOUFFLET J., *L'œuvre normative de la Chambre de commerce internationale dans le domaine bancaire*, in études offertes à Berthold Goldman : "Le droit des relations économiques internationales", Librairies Techniques, Litec, Paris, 1982, 427 p., p. 361-371
- SUR G., *La coutume internationale. Sa vie, son œuvre*, Revue française de théorie juridique, n°3 : "la coutume", 1986, p. 111-124
- SUR G., *La coutume internationale*, Extrait du jurisclasseur, Litec, Librairies Techniques, Paris, 1990, 24 p.
- SWEENEY J-C., *Les Règles de Hambourg, point de vue d'un juriste anglo-saxon*, DMF, 1979, p. 323-335
- SZABO I., *La méthode de la comparaison*, in études offertes à René Rodière, Dalloz, Paris, 1981, 540 p. , p. 323-333
- TASSEL Y., *Les réformes apportées par les Règles de Hambourg au régime juridique du connaissance*, annales IMTM, 1992, p. 33-48
- TASSEL Y., *Les clauses attributives de compétence*, ADMA tome XIII, 1995, p. 99-112
- TASSEL Y., *Le régime juridique et la durée de la responsabilité du transporteur de marchandises par mer*, in Mélanges offerts à Emmanuel Langavant, éditions l'Harmattan (Marie-Christine Rouault), 1999, 436 p. , p.409-422

- TASSEL Y., *Le contrat de tonnage*, Gazette de la Chambre arbitrale maritime de Paris, n° 7, avril 2005, p. 3-5
- TASSEL Y., *Les documents maritimes autres que le connaissance*, in Mélanges en l'honneur de Henry Blaise, Economica, Paris, 1995, 427 p. , p. 399-417
- TASSEL Y., *Le droit maritime un anachronisme ?*, ADMO, 1997, p. 143 et s.
- TASSEL Y., *L'affaire du Rafeala S ou l'indélicat connaissance nominatif*, DMF n° 663, 2005, p. 795-802
- TASSEL Y., *Projet CNUDCI : une double critique de fond*, DMF n° 644, 2004, p. 3-9
- TASSEL Y. ET ROYER-FLEURY A., *Commerce maritime, contrat de transport de marchandises, connaissance maritime*, Jurisclasseur commercial, 2004, fasc. 1260
- TERRE D. , *Le pluralisme et le droit*, in *Le pluralisme*, Archives de philosophie du droit, T. 49, 2005, p. 69-83
- TERRE F., *L'internationalité du juge dans l'arbitrage*, in études offertes à Alain Plantey : "l'internationalité dans les institutions et le droit, convergences et défis", éditions A. Pédone, Paris, 1995, 371 p. , p. 219-232
- TETLEY W., *Interpretation and construction of the Hague, Hague/Visby and Hamburg Rules*, Journal of International Maritime Law, vol. 10, 2004, p. 30-70
- THOMAS J-P., *Règles de Hambourg, une disposition méconnue*, Bull. des transports n°2831, 24/01/2000, p. 43
- TILCHE M., *Ventes internationales : à chacun son Incoterm !*, Bull. des transports, n°2527, 28/06/1993, p. 463-465
- TILCHE M., *Ventes internationales : cet automne les Incoterms 2000*, Bull. des transports, n°2799, 10/05/1999, p. 340 et 341
- TILCHE M., *Vente et transport : cohabitation périlleuse*, Bull. des transports, n°2516, 12/04/1993, p. 247
- TILCHE M., *Contrat de transport : des formalités à la formation*, Bull. des transports, n°2474, 11/05/1992, p. 301 et 302
- TILCHE M., *Recours dans les différents modes de transport*, Bull. des transports, n°2499, 07/12/1992, p. 751
- TILCHE M., *Contrat de transport : suivez le guide (ces lois qui nous gouvernent)*, Bull. des transports, n°2674, 23/09/1996, p. 613 et 614
- TILCHE M., *Contrat de transport : petit mémento*, Bull. des transports, n°2550, 17/01/1994, p. 34-37

- TILCHE M., *Faute du transporteur, incidence dans les différents modes*, Bull. des transports, n°2559, 21/03/1994, p. 230 et 231
- TILCHE M., *Transport par mer, responsabilités : bref aperçu*, Bull. des transports n°2586, 31/10/1994, p. 773-774
- TILCHE M., *Transport maritime, autour d'une clause de compétence*, Bull. des transports n°2591, 05/12/1994, p. 871
- TILCHE M., *Droit uniforme européen, autant en emporte le vent ?*, Bull. des transports n°2451, 18/11/1991, p. 714
- TILCHE M., *Qui a peur de Hambourg ?*, Bull. des transports n°2498, 30/11/1992, p. 737 et 738
- TILCHE M. et DE FOS COLETTE G., *Les Incoterms : le livre de la jungle*, Bull. des transports, n°2516, 12/04/1993, p. 247-249
- TINAYRE A., *Avènement de la "L.T.M." (lettre de transport maritime)*, Bull. des transports, n°2396, 26/09/1990, p. 571-573
- TROPPER M., *Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement*, Revue française de théorie juridique, n°3 : "la coutume", 1986, p. 11-24
- TUNC A., *Coutume et common law*, Revue française de théorie juridique, n°3 : "la coutume", 1986, p. 51-61
- TUNC A., *Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité*, in "l'hypothèse du non droit" contributions extraites du XXX ème séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Université de Liège, 1978, 324 p. , p. 281-299
- USTOR E., *Développement progressif du droit commercial international : un nouveau programme juridique de l'ONU*, AFDI, éditions du CNRS, 1967, p. 289-306
- VALLINDAS P. G., *Réflexion sur la conclusion des conventions de droit international privé uniforme*, in "scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi", Guiffré, Milan, 1957, 2 volumes, p. 355-364
- VASSOGNE J., *L'arbitre, le juge et l'ordre public économique (remarques adventices)*, Revue de l'arbitrage, 1987, p. 85-91
- VEAUX D. et VEAUX-FOURNERIE P., *La pénétration en droit français de la théorie de la faute inexcusable en matière aérienne et maritime sous l'influence des conventions internationales*, in Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, "l'internationalisation du droit", Dalloz, 1994, 416 p., p. 391-403
- VEAUX D. et VEAUX-FOURNERIE P., *Commerce maritime, contrat de transport de marchandises, notion formation*, Jurisclasseur commercial, 1993, fasc. 1255-1257

- VENEZIANO A., *L'application des Principes d'Unidroit dans la vente internationale*, Revue de droit des affaires internationales, n°3-4, 2001, p. 477-488
- VERDELHAN-CAYRE G. (dossier constitué par), *Les relations nord-sud*, Problèmes politiques et sociaux, dossier d'actualité mondiale, n° 613-614, Documentation française, Paris, 18 août-1er septembre 1989, 112 p.
- VIALARD A., *Sisyphé ou l'uniformisation internationale du droit maritime*, DMF, numéro spécial : "1949-1999 50 ans de droit positif" n°591, 1999, p. 213-221
- VIALARD A., *"L'apparence" de faute inexcusable comme cause de déchéance "provisoire" du droit à limitation de responsabilité*, DMF n° 608, 2000, p. 787-793
- VIEZZOLI M. S., *Les conférences maritimes : quel avenir ?*, annales IMTM, 1988, dossier : "le transport multimodal", 1988, p. 137-140
- VILLENEAU J., *Le projet de Convention sur la compétence civile, le choix de la loi, la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière d'abordage*, DMF, 1978, p. 68-74
- VIRALLY M., *La valeur juridique des recommandations des organisations internationales*, AFDI, éditions du CNRS, 1956 II, p. 66-95
- VIRALLY M., *De la classification des organisations internationales*, in Mélanges W. J. Ganshof Van Der Meerch, éditeur Bruxelles : Bruylant, éditeur Paris : LGDJ, tome I, 1972, 755 p., p. 365-382
- VIRALLY M., *Un tiers droit ? Réflexions théoriques*, in études offertes à Berthold Goldman : "Le droit des relations économiques internationales", Librairies Techniques, Litec, Paris, 1982, 427 p. , p. 373-385
- VIRALLY M., *Vers un droit international du développement*, AFDI, éditions du CNRS, 1965, p. 3-12
- VON ZIEGLER A., *Alternatives and methods of unification or harmonization of maritime law*, Il diritto marittimo, 1999, p. 232-239
- WEIL P., *Principes généraux du droit et contrats d'Etat*, in études offertes à Berthold Goldman : "Le droit des relations économiques internationales", Librairies Techniques, Litec, Paris, 1982, 427 p. , p. 387-414
- WITZ C., *L'adaptation du droit français interne aux règles de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*, in Mélanges Christian Mouly, Litec, Paris, 1998, 460 p. , p. 205-219

Thèses

BAYONNE A., *Le libéralisme économique et ses limites dans les transports maritimes internationaux*, thèse pour le doctorat de 3^{ème} cycle, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris II), 1981, 305 p.

BROCHERIOU M., *La due diligence de l'armateur et la navigabilité de son navire*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, 1962, 176 p.

DELPLANQUE M. A., *La gouvernance globale fin de l'ordre juridique international*, thèse pour le doctorat de droit et économie du développement, Université de Nice-Sophia Antipolis, Institut de droit de la paix et du développement, 2000, 579 p.

DIALLO I. K., *Les conflits de lois en matière de transport international de marchandises par mer*, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Université de Paris II, 1987, 415 p.

EYNARD J., *La loi du pavillon (recherche d'une règle générale de solution des conflits de lois en droit maritime international)*, thèse pour le doctorat en sciences juridiques, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1926, 269 p.

FAYZI CHAKAB G. N., *La responsabilité du transporteur maritime de marchandises (selon les règles de La Haye de 1924 et de Hambourg de 1978)*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Nice-Sophia Antipolis, Institut de droit de la paix et du développement, 1999, 412 p.

GAVALDA C., *Les conflits dans le temps en droit international privé*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, faculté de droit, 1953, 431 p.

JACQUET-SANO K., *La juridicité de la Lex Mercatoria*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Nantes, 1998, 523 p.

KAMALANAVIN K., *L'unification internationale en matière de connaissance*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Montpellier, 1942, 221 p.

KINFOUSSIA C., *La contribution de la convention des Nations unies sur le transport multimodal au nouvel ordre maritime mondial*, thèse pour le doctorat de 3^{ème} cycle en "droit de la mer", Université de Bretagne Occidentale, nov. 1984, 313 p.

LAAZIZI M., *Les règles de Hambourg et la responsabilité du transporteur de marchandises par mer : esquisse d'une évolution*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Nantes, 1986-1987, 2 tomes : 422 p.

MELLOULI S., *La responsabilité du transporteur de marchandises*, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1982, 404 p.

POENCES DE LA PLESSE S., *Le problème de l'unification internationale du droit commercial maritime, son état actuel*, thèse pour le doctorat en droit, Faculté de droit de Bordeaux, 1932, 275 p.

QUEGUIGNER J., *De l'amendement des Conventions internationales maritimes techniques et de leur remplacement*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Bordeaux I, 1973, 111 p.

RICODEAU B., *La distinction des usages et des pratiques en droit économique français*, thèse pour le doctorat de 3ème cycle (mention droit privé), Université d'Orléans, 1983, 206 p.

RIMABOSCHI M., *Méthodes d'unification du droit maritime. Contribution à l'interprétation uniforme*, thèse pour le doctorat en droit, Università di Trieste, 2005, 2 tomes : 311 et 336 p.

SOISSON N., *La liberté contractuelle dans les clauses du connaissement*, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1992, 2 tomes : 653 p.

WIBAULT J-L., *Recherches sur les conflits de lois en droit maritime*, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Université de Paris II, 1969, 762 p.

Mémoires

ANANI P., *Le rôle de la CNUCED en matière de transport maritime*, mémoire pour le DESS de droit maritime et des transports, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 2000, 87 p.

AURIBAULT F., *Les clauses du connaissement relatives à la responsabilité du transporteur maritime*, mémoire pour le DESS de droit maritime et des transports, Université de droit et des sciences d'Aix-Marseille, 1992-1993, 80 p.

AZZI T., *La lex Mercatoria et les principes d'unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, mémoire pour le DEA de droit international privé, Université de Paris II, 1995, 69 p.

BALDI H., *La notion juridique de livraison de la marchandise dans le transport maritime*, mémoire pour le DESS transports maritimes et aériens, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1995, 85 p.

BALLANGER A., *La responsabilité du chargeur dans le domaine de l'affrètement et du transport maritime*, mémoire pour le DESS de droit des activités maritimes, Université de Bretagne Occidentale, 2000, 77 p.

BRUN J., *La responsabilité du transporteur maritime*, mémoire pour le DESS de droit des transports maritimes et aériens, Université de droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1992, 111 p.

CACHARD O., *Les clauses relatives à la compétence internationale dans les connaissements : consensualisme ou formalisme*, mémoire pour le DEA, Université de Paris II, 1997, 81 p.

CHAILLE DE NERE D., *Le projet d'instrument de la CNUDCI sur le transport multimodal transmaritime*, mémoire pour le DESS de droit maritime et droit des transport, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 2004, 85 p.

CHAOUKI N., *La responsabilité du transporteur de marchandises en droit maritime à travers le DCCM et les Règles de Hambourg*, mémoire pour le DEA de droit des affaires, Université de Perpignan, IGA de Casablanca, 1999, 68 p.

CIZEAU M., *La contribution de la Lex Mercatoria à l'uniformisation du droit du commerce international*, mémoire pour le DESS de commerce extérieur, Université de Paris II, 1995, 72 p.

D'ALES T., *L'exonération de la responsabilité du transporteur international de marchandises par voie maritime : conséquences sur l'assurance*, mémoire pour le DESS de droit des assurances, Université de Paris II, 1999, 126 p. (plus des annexes)

HOWEL S., *Le point sur le travail de la CNUCED en matière maritime*, mémoire pour le DESS de transports maritimes et aériens, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1991, 63 pages (et 23 pages d'annexes)

KLOUCHE Z. S-E., *Action de la CNUCED dans le domaine du transport maritime international*, mémoire pour le DEA de droit international public et privé, Université de Nice-Sophia Antipolis, Institut de droit de la paix et du développement, 1987, 52 p.

KONTOS A., *La loi applicable aux contrats de transport international de marchandises par mer*, mémoire pour le DEA droit international privé et du commerce international, Université de Paris II, 1998, 76 p. (annexes)

LAVIE S., *Les cas exceptés dans les règles de Hambourg*, mémoire pour le DESS de droit maritime et droit des transport, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1997, 85 p.

LUVAMBANO A. M., *L'organisation mondiale du commerce et le transport maritime*, mémoire pour le DESS transports maritimes et aériens, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 2000, 70 p.

MARCOUYEUX F., *La clause Paramount*, mémoire pour le DESS de droit maritime et des transports, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1998, 109 p.

- PETROVA T., *Les nouvelles composantes de la Lex Mercatoria*, mémoire pour le DEA de droit international privé et droit du commerce international, Université de Paris II, 2000, 50 p.
- PUIROUX D., *La responsabilité contractuelle du transporteur maritime de marchandises et les différents modes de couverture de sa responsabilité*, mémoire pour le DESS de droit des assurances, Université de Paris II, 1983, 78 p.
- RAGOT D., *La place du droit communautaire dans le droit maritime français*, mémoire pour le master droit maritime et des transports, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 2003, 126 p. (plus des annexes)
- ROLLAND P., *Les Règles de Hambourg comparées à la Convention de Bruxelles de 1924*, mémoire pour le DESS de droit des activités maritimes, Université de Bretagne Occidentale, 1979, 96 p.
- SALLIOU A., *Le juge français face aux vrais et faux conflits de conventions internationales en matière de transport maritime*, mémoire pour le DESS de droit des activités maritimes, Université de Bretagne Occidentale, 2003, 101 p.
- SIMON A., *L'apport des règles de Hambourg au droit des transports maritimes internationaux*, mémoire pour le DESS de droit des transports maritimes, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1992, 76 p. (annexes)
- SWIERSZCZ A., *Les modes de règlement des litiges dans les activités maritimes internationales*, mémoire pour le DESS de droit des activités maritimes, Université de Bretagne Occidentale, 2003, 79 p.
- TARIN G., *Les conflits de conventions internationales en droit du transport de marchandises par mer*, mémoire pour le DESS transports maritimes et aériens, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 2000, 122 p.
- VON BORTZELL-SZUCH M., *La responsabilité du transporteur maritime*, mémoire, Université de Paris II, Institut des hautes études internationales, 1979, 68 p.

Colloques et séminaires

- Centre d'Etude et de recherche de droit international et de relations internationales, *Le droit international des transports maritimes*, Académie de droit international de La Haye, 1999.
- Colloque CEDECE, *L'Europe des transports*, Université Montesquieu Bordeaux IV, octobre 2004.
- Colloque sur le commerce international et le transport maritime, Port autonome de Dunkerque, ISCD, Université du littoral, 3 et 4 novembre 1993.

Congrès international de droit privé, Institut international pour l'unification du droit privé, Rome, juil-50, éditions Unidroit, 1951, 504 p.

L'arbitrage Commercial International : l'apport de la jurisprudence arbitrale, Institute of international business law and practice, Chambre de commerce internationale, 7 et 8 avril 1986, publication dans les "dossiers de l'institut du droit des pratiques des affaires", Paris, 1986, 261 p.

Les ventes internationales et les transports (les nouveaux incoterms), séminaire de droit des transports, Université Catholique de Louvain, faculté de droit, 1991-1992, Bruylant-Académia, maison du droit de Louvain, Louvain-la-neuve, 1992, 133 p.

L'Europe des transports, XIIème congrès de l'union des Avocats Européens, Marseille, 8 et 9 octobre 1998, Bruylant, Bruxelles, 1999, 335 p.

L'évolution contemporaine du Droit des Contrats, Journées René Savatier, tome XV, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 24 et 25 octobre 1985, PUF, Paris, 1986, 238 p.

Séminaire de droit des transports, Les ventes internationales et les transports, Université Catholique de Louvain, faculté de droit, 1991-1992, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 1-34

SFDI. "aspects actuels du droit international des transports", Colloque du Mans, 22-24 mai 1980, actes publiés chez A. Pédone, 1981, Paris.

SFDI. "le navire en droit international", XXV ème Colloque de la Société Française pour le Droit International, Faculté de droit de Toulon et du Var, 30, 31 et 1er juin 1991, actes publiés chez A. Pédone, Paris, 1992.

SFDI. "l'élaboration du droit international public", Colloque de Toulouse, 16, 17 et 18 mai 1974, actes publiés chez A. Pédone, Paris, 1975, 224 p.

SFDI. "régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain", colloque de Bordeaux, 1977, 358 p.

Le contrat économique international, stabilité et évolution, Travaux des VII èmes journées d'étude juridique Jean Dabin, Bruxelles-Paris, 1975, Bruylant-Pédone, 1975, p. 171-211.

L'hypothèse du non-droit, XXX ème séminaire de Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de l'Université de Liège, 21 et 22 octobre 1977, 1978, 324 p.

Cours

AGO R., *Règles générales des conflits de lois*, RCADI, tome 58, IV, 1936, p. 244-469

AUDIT B., *Le droit international privé en quête d'universalité*, RCADI, tome 305, 2003, p. 13-475

- AUDIT B., *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la "crise" des conflits de lois)*, RCADI, tome 186, III, 1984, p. 223-397
- BONASSIES P., *La loi du pavillon et les conflits de droit maritime*, RCADI, tome 128, 1969, p. 507-629
- CARBONE S. M., *La réglementation du transport et du trafic maritime dans le développement de la pratique internationale*, RCADI, tome 166, 1980, p. 254-342
- DIENA G., *Principes du droit international privé maritime*, RCADI, tome 51, I, 1935, p. 407-480
- EVRIENIS D. J., *Tendances doctrinales actuelles en droit international privé*, RCADI, tome 118, II, 1966, p. 313-433
- GOLDMAN B., *Les conflits de loi dans l'arbitrage international de droit privé*, RCADI, tome 109, II, 1963, p. 347-483
- GONZALEZ CAMPOS J. D., *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, RCADI, tome 287, 2000, p. 11-411
- GONZALEZ LAPEYRE E., *Transport maritime et régime portuaire*, RCADI, tome 308, 2004, p. 257-376
- KESSEDJAN C., *Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales*, RCADI, tome 300, 2002, p. 83-290
- KOPELMANAS L., *Le contrôle international*, RCADI, tome 77, II, 1950, p. 55-148
- MALINTOPPI A., *Les rapports entre droit uniforme et droit international privé*, RCADI, tome 116, III, 1965, p. 1-87
- MANN F. A., *The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years*, RCADI, tome 186, III, 1984, p. 77-115
- MATTEUCCI M. M., *Introduction à l'étude systématique du droit uniforme*, RCADI, tome 91, I, 1957, p. 383-441
- MAYER P., *L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre faute*, RCADI, tome 217, V, 1989, p. 320-454
- PICONE P., *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, RCADI, tome 276, 1999, p. 12-283
- RODIERE R., *Les tendances contemporaines du droit privé maritime international*, RCADI, tome 135, I, 1972, p. 329-409
- SABA H., *L'activité quasi-législative des institutions spécialisées des Nations unies*, RCADI, tome 111, I, 1964, p. 603-690

SADIKOV O. N., *Conflicts of laws in international transport law*, RCADI, tome 190, I, 1985, p. 191-270

STRENGER I., *La notion de Lex Mercatoria en droit du commerce international*, RCADI, tome 227, II, 1991, p. 206-355

Sources électroniques

Cabinet d'avocats Caprioli, <http://www.caprioli-avocats.com>

Chambre arbitrale maritime de Paris, <http://www.arbitrage-maritime.org.fr>

Comité Maritime International, <http://www.comitemaritime.org>

Commentaire sur la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, <http://www.stoessel.ch>

Commission des Nations unies pour le droit commercial international, <http://www.unctad.org>

Cour de cassation, <http://www.courdecassation.fr>

Ministère des transports, service économie et statistique, <http://www.statistiques.equipement.gouv.fr>

Revue en ligne Neptunus, <http://palissy.univ-nantes.fr/CDMO/neptunus>

Site d'Eurostat, <http://europa.eu.int/comm/eurostat>

Site de l'INSEE, <http://www.insee.fr>

Site du Professeur Poillot Peruzzetto, <http://www.peruzzetto.com>

Sur la Lex Electronica, <http://www.lex-electronica.org>

Notes de jurisprudence

ACHARD R., Cass. Com, 09/01/2001, DMF n°614, 2001, p. 321-326 Navire Inzhener Sukhorukov.

AMMAR D., Cass. Com, 27/10/1998, D, partie J, 1999, p. 427-431.

AMMAR D., Cass. Com, 04/07/2000, DMF n°612, 2000, p. 130-137 Navire CMB Ensign.

BONASSIES P., Cour d'appel de Paris, 5^{ème} Chbre, section A, 03/12/1997, DMF n° 583, 1998, p. 587-589.

BONASSIES P., Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 2^{ème} Chbre, 10/10/2001, DMF n°623, 2002, p.150-159 navire Multitank Arcadia.

BONASSIES P., Cass. Com, 04/07/2000, DMF n°608, 2000, p. 819-826 Navire Regina D.

- BONASSIES P., Cass. Com, 28/05/2002, DMF HS n°7, 2003, p. 58 et 59 Navire World Appolo.
- BONASSIES P., Tribunal de Commerce de Paris (3^{ème} Chbre), 10/07/1997, DMF n°583, 1998, p. 585-593.
- CACHARD O. , Cass. Civ. I, 28/11/2006, DMF n° 681, 2007, p. 411-423.
- CACHARD O. , Cass. Civ. I, 22/11/2005, Revue de l'arbitrage n° 2, 2006, p. 437-445.
- CACHARD O. , Cass. Civ. I, 14/03/2006, DMF n° 671, 2006, p. 479-487.
- CACHARD O. , Cass. Com. , 14/10/2004, DMF n° 657, p. 247-258.
- CHAUVEAU P., Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 2^{ème} Chbre, 13/06/1972, D, partie J, 1973, p. 96-101.
- DELEBECQUE P., Cass. Civ. I, 26/01/2001, DMF , 2002, p. 115-118
- DELEBECQUE P. , Cass Civ. I, 12/07/2001, DMF n° 621, 2001, 994-1001.
- DELEBECQUE P., Cour de justice des Communautés européennes, 5^{ème} Chbre, 09/11/2000, DMF n°613, 2001, p. 187-194.
- DELEBECQUE P., Cour de justice des Communautés européennes, 3^{ème} Chbre, 27/10/1998, DMF n°589, 1999, p. 9-34 Navire Alblasgracht V002.
- DELEBECQUE P., Cass. Com, 28/05/2002, RTD Com. , 2002, p. 598 Navire World Appolo.
- DELEBECQUE P., Cass. Com., 24/09/2003, DMF n° 644, 2004, p. 10-14
- DELEBECQUE P., Cass. Civ. I, 11/07/2006, RTD Com., 2006 10 n° 4, p. 947 et 948.
- DETURMENY-MOSNIER I., Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 2^{ème} Chbre, 10/01/2001, BTL n°2881, 19/01/2001, p. 122.
- GODIN P., Cass. Com, 02/02/1999, DMF n°601, 2000, p. 132-137 Navire London Express.
- GOLDMAN B., Cass. Com, 04/03/1963, JDI, partie J, 1964, p. 806-809.
- HUMANN C., Cass. Com, 07/01/1997, Les Petites Affiches n°69, 09/06/1997, p. 14-16.
- JAMBU-MERLIN R., Cass. Civ., 14/10/1957, Dalloz, J, 1958, p. 28 et 29.
- KAPLAN C. et CUNIBERTI G. Cass. Civ. I, 14/11/2000, JCP ed. Aff., 2001, p. 1192-1194.
- LAGARDE P., Cass. Com, 04/02/1992, RCDIP n°81, 1992, p. 495-503.
- LE LOUER F., Cass. Com, 07/12/1999, DMF n°609, 2000, p. 903-913.
- LESCOT P., Cass. Com, 04/03/1963, JCP, partie J, 1963, n° 1376.
- LOQUIN E., Cass. Civ. I, 14/11/2000, RTD Com. N°1, 2002, p. 47-50.
- MAINGUY D. et SEUBE J-B., Cass. Civ. I, 06/02/2001, JCP ed. Aff., 2001, p. 1238-1243.
- NICOLAS P-Y., Tribunal de Commerce de Paris, 3^{ème} Chbre, 10/09/1997, DMF n° 583, 1998, p. 585 et 586.
- NICOLAS P-Y., Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 07/05/1997, DMF n°578, 1998, p. 29-39.

- NICOLAS P-Y., Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 2^{ème} Chbre, 02/12/1999, DMF n°614, 2001, p. 308-312 Navire World Appolo.
- NICOLAS P-Y., Cass. Com, 28/05/2002, DMF n°628, 2002, p. 613-619 Navire World Appolo.
- NICOLAS P-Y., Cour d'appel de Paris, 5^{ème} Chbre, 05/05/1999, DMF n°603, 2000, p. 345-350 Navire Aton.
- ODIER F. et JOB A., Cass. Com, 28/05/2002, BTL n°2979, 17/03/2003, p. 187-189 Navire World Appolo.
- PASQUALINI F. et PASQUALINI-SALERNO V., Cass. Com, 05/03/1996, Les Petites Affiches n°46, 16/04/1997, p. 20-22.
- REMERY J-P., Cass. Com, 09/12/1997, Revue de jurisprudence commerciale, 1998, p. 194-196.
- REMOND-GOUILLOUD M., Cass. Com., 28/06/2005, DMF n° 669, 2006, p. 322-328.
- RODIERE R., Cour d'appel de Rouen, 2^{ème} Chbre Civ., 29/02/1972, D, partie J, 1973, p. 87 et 88.
- RODIERE R., Cass. Chbres réunies, 11/03/1960, D, partie J, 1960, p. 277 et 278.
- RODIERE R., Cour d'appel de Paris, 16/06/1959, D, partie J, 1960, p. 209-213.
- RODIERE R., Cour d'appel de Paris, 19/06/1963, D, partie J, 1963, p. 723-727.
- RODIERE R., TGI de Paris, 25/11/1970, D, partie J, 1971, p. 77-79.
- SIMON P. et COSTE B., Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 2^{ème} Chbre, 08/06/1998, DMF n°623, 2002, p. 132-143 navire Moldavia.
- TASSEL Y., Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 2^{ème} Chbre, 10/01/2001, DMF n°614, 2001, p. 313-318 Navire An He.
- TASSEL Y., Cass. Com, 06/02/2001, DMF n°616, 2001, p. 509-511.
- TASSEL Y., Cour d'appel de Rennes, 2^{ème} Chbre, 16/05/2002, DMF n°631, 2002, p. 952-964 Navire MSC Magallanes.
- TASSEL Y., Cass. Com., 07/07/1992, DMF n° 528, 1993, p. 328-332.
- VIALARD A., Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 2^{ème} Chbre, 19/01/2001, DMF n°619, 2001, p. 820-836 navire Ras Mohamed.
- WITZ C., *Vente internationale : office du juge et pouvoir des plaideurs d'écarter le droit uniforme*, Cass. Civ. I, 26/06/2001 (2 arrêts), D Aff., 2001, p. 3607-3614.
- Cass. Com, 28/03/2000, BTL n°2845, 01/05/2000, p. 331 Navire Teesta.
- Cass. Com, 07/12/1999, BTL n°2829, 10/01/2000, p. 14 et 15 Navire Vassili Klochkov.

Cass. Com, 09/06/1998, "Inutile clause Paramount", Bull. des transports n°2762, 20/07/1998, p. 552.

Cass. Com, 04/02/1992, "Clause Paramount, ou la loi du "tout ou rien", Bull. des transports n°2468, 23/03/1992, p. 202.

Cour d'appel de Nîmes, Chbres réunies, 30/10/2003, BTL n° 3037, 31/05/2004, p. 392 et 393.

Cour d'appel de Versailles, 12^{ème} Chbre, 09/10/2003, BTL n° 3019, 26/01/2004, p. 74 et 75.

Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 2^{ème} Chbre, 02/12/1999, BTL n°2840, 27/03/2000, p. 232 et 233 Navire World Apollo.

Cour d'appel de Paris 5^{ème} Chbre, 03/12/1997, BTL n°2758, 22/06/1998, p. 498 Navire Teesta.

Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 2^{ème} chbre, 07/05/1997, BTL n°2732, 15/12/1997, p. 867 Navire Vassili Klochkov.

Tribunal de Commerce de Paris, 10/09/1997, BTL n°2743, 09/03/1998, p. 183 et 184 Navire Ain Oussera.

Tribunal de Commerce de Paris, 04/02/1997, BTL n°2716, 21/07/1997, p. 554 et 555 Navire Teesta.

Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

-A-

Abordage, 108.

Affrètement, 2, 41, 227, 521, 566 et s., 787, 871, 924 et s.

Affréteur, 227, 232, 570 et s.

Anti-suit injunction, 716.

Arbitrage

- ad hoc, 717, 780 et s., 888.
- centres, 743, 773.
- institutionnel, 717, 735, 780.
- sentences, 719 et s., 732 et s., 757, 764, 771 et s., 831 et s.

Armateur, 11, 15 et s., 41, 50, 98 et s., 121, 168, 267, 355, 370, 490, 504, 546, 570 et s., 577, 592, 608, 627, 843 et s., 849, 869, 950.

Assurance, 108, 357, 941 et s.

Autonomie de la volonté, 50, 360, 373, 380, 485, 559 et s., 614, 652, 685, 707, 821, 834 et s., 895, 927 et s., 975, 999 et s., 1008 et s.

Avaries communes, 7, 561.

-B-

Bonne foi, 155, 242, 489, 778, 802, 816.

-C-

Cabotage, 175 et s.

Capitaine 16, 41, 151, 241, 248, 266, 599.

Cargaison, 5, 41, 165, 230, 248, 257, 574, 725, 743, 844, 869, 942.

Chambre de commerce internationale (CCI), 732, 780, 816, 873 et s.

Chargement, 16, 141, 198, 225, 235 et s., 273, 371, 382, 396, 406, 466, 519 et s., 578, 630, 867.

Charte-Partie, 41, 192, 227, 521, 570 et s., 621 et s., 787, 925.

Clause

- attributive de juridiction, 475 et s., 664 et s., 675 et s., 880 et s.
- compromissoire, 121, 718 et s., 743, 950.
- de compatibilité, 292 et s., 319, 326, 491.
- d'incompatibilité, 292 et s.
- F.I.O., 587.
- Paramount, 231, 317, 390, 416, 440 et s., 472, 589, 611, 617 et s., 721, 731 et s., 789, 796.

Code maritime nordique, 992.

COGSA, 444 et s., 623, 705.

Colis, 241 et s., 249, 269 et s., 636.

Comité Maritime International (CMI), 19 et s., 60, 108 et s., 121 et s., 160, 497, 501, 515 et s., 537 et s., 602 et s., 623, 848, 922.

Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI), 26 et s., 115 et s., 302 et s., 320 et s., 362, 477, 515 et s., 603 et s., 658, 679, 706, 727, 830, 848, 863, 896, 912, 921 et s., 949, 957 et s., 967, 990, 996 et s.

Communauté européenne, 29, 405, 844, 971 et s.

Compétence-compétence (principe), 716.

Compromis d'arbitrage, 718, 727, 731 et s., 743.

Conférences maritimes, 102 et s., 843 et s.

Conflit de lois, 53 et s., 74 et s., 96, 284, 305 et s., 322 et s., 340 et s., 348 et s., 357 et s., 369 et s., 389 et s., 372 et s., 389 et s., 409, 414, 423, 461 et s., 482, 788, 895.

Conflit de conventions, 48, 112, 199, 261, 281, 286 et s., 362 et s., 375, 445, 465, 543, 736, 749.

Connaissance

- à ordre, 675.
- définition, 11, 41 et s., 240 et s.
- électronique, 603 et s., 848, 922.
- et charte-partie, 227, 232, 570 et s., 787.
- fonctions, 21, 41 et s., 251 et s., 375.
- mentions, 165, 243, 249.
- nullité, 266, 331, 636 et s.
- porteur, 475, 488 et s., 490.

- signature, 475, 666 et s., 884 et s.
- standard, 589 et s., 596 et s., 607 et s., 611 et s., 790, 845.
- type, 20.
- valeur probante, 15 et s.

Consulat de la mer, 9, 865.

Conteneur, 249, 270, 920.

Contrat d'adhésion, 591, 607, 636, 691, 937.

Contrat de service, 924 et s.

Contrat de tonnage (contrat de volume), 519, 925 et s.

Convention internationale (traité)

- abrogation, 293.
- adhésion, 204 et s.
- champ d'application, 632 et s., 653, 751.
- dénonciation, 293.
- interprétation, 131 et s., 146 et s., 158 et s., 334 et s., 510, 541, 740, 991.
- principe de supériorité, 172, 644.
- ratification, 204 et s.
- réciprocité 172.

Convention relative à l'unification de certaines règles en matière de connaissance, Bruxelles 25 août 1924 (Règles de La Haye 1924)

- animaux vivants, 141, 228.
- champ d'application, 23, 175 et s., 221 et s., 315, 656, 1012.
- due diligence, 142, 263.
- historique, 19 et s.
- limitation de responsabilité, 269 et s.
- livraison, 259 et s.
- pontée, 141, 228, 257.
- responsabilité, 263 et s., 317, 489, 625, 638, 941.
- retard, 268, 532 et s.

Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer, Hambourg 31 mars 1978 (Règles de Hambourg)

- animaux vivants, 231, 257, 354, 920.
- champ d'application, 193, 225, 231, 297, 388, 1017.
- clauses attributives de compétence, 477.

- historique, 25 et s.
- limitation de responsabilité, 279.
- livraison, 259 et s.
- pontée, 231, 258, 354, 920.
- responsabilité, 276 et s., 395, 517, 941.
- retard, 277, 532 et s.

Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980, 372 et s., 423 et s., 453 et s., 472, 644 et s., 679 et s., 933.

Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, 66, 71, 204, 313, 320, 322 et s., 490 et s.

-D-

Déclaration de valeur, 268, 273.

Déroutement, 257, 579.

Destinataire, 12, 15, 41, 175, 193, 222, 231, 244 et s., 261, 280, 395 et s., 426, 436, 475, 489 et s., 605, 626, 648, 656, 671 et s., 884.

Document de transport

- charte-partie, cf. ce mot.
- Connaissance, cf. ce mot.
- lettre de transport maritime, cf. ce mot.

Droit spontané, 5, 553, 798, 815, 854, 997.

-E-

Exception d'ordre public, 397, 696 et s.

-F-

Faute

- du chargeur, 499.
- d'un préposé, 16, 265, 388, 499.
- du transporteur, 16, 143, 165, 264 et s., 277 et s., 531.
- inexcusable, 151, 165, 273, 533.
- nautique, 121, 280, 388, 530.

Forum shopping, 349, 370, 473 et s., 541, 702, 885.

Fraude à la loi, 397, 408, 466 et s., 469 et s., 473 et s., 701 et s.

Fraude au jugement, 467, 702.

Force majeure, 151, 924.

Fret, 91, 102, 256, 268, 359, 535 et s., 572, 842 et s., 869, 924.

Fréteur, 227, 570 et s.

-G-

Garde de la marchandise, 16, 229, 239, 257, 261, 396, 519.

Grève (ou Lock-out), 499, 530.

-H-

Harmonisation, 37, 58, 104, 116 et s., 165 et s., 583, 780, 820, 948, 957 et s., 975, 983, 993, 1004 et s.

Harter Act, 16 et s., 180, 627.

Hiérarchie des normes, 171, 180, 188, 197, 644, 974.

-I-

Incendie, 141 et s., 276, 499, 530.

Incoterms, 636, 874 et s.

Inopposabilité (clause du connaissance), 664 et s.

Instrumentum, 573.

Intermédiaire, 668.

-J-

Juge du for, 287, 376, 415, 611, 662, 697.

Jus Cogens, 70, 329.

-L-

Lettre de garantie, 244 et s., 602.

Lettre de transport maritime, 157, 180, 253 et s., 602, 922.

Lex posterior derogat priori, 327, 491, 540.

Lex

- Electronica, 848.
- Maritima, 19, 802.
- Mercatoria, 40, 798, 800 et s., 865, 898, 934, 999, 1005 et s.

Liberté contractuelle, 239, 472, 519, 529, 591, 626, 658, 697, 726, 743, 816, 852, 917 et s., 927 et s., 998.

Lien de causalité, 264.

Limitation de responsabilité, 20, 151, 165 et s., 175, 275, 317, 504, 531 et s., 637, 652, 687, 707, 951.

Livraison, 16, 143, 235 et s., 255 et s., 277, 280, 371, 395 et s., 426, 475, 519 et s., 602 et s., 648, 672 et s., 878, 892, 952 et s.

Loi d'application immédiate, 426.

Loi d'autonomie, 181, 360, 371, 559 et s., 642 et s., 662.

Loi de police, 180, 197, 383 et s., 426, 650 et s., 851.

Loi du 18 juin 1966 (n° 66-420) sur les contrats d'affrètement et de transport maritime (modifiée par la loi n° 86-1292 du 23 décembre 1986 et par la loi n° 88-1091 du 1^{er} décembre 1988), 26, 116, 143 et s., 180, 196, 235 et s., 387, 396, 438, 453, 532, 571, 624, 637, 648 et s., 705 et s., 724, 851, 924, 1009.

Loi d'ordre public, 705.

Loi du pavillon, 366 et s.

-M-

Manquants, 244, 582.

Marchandises dangereuses, 257, 920.

Méthode

- Conflictuelle, 74 et s., 353, 401 et s., 854, 938.
- Conventionnelle, 57 et s., 72 et s., 167, 306, 408, 479, 1007.
- d'interprétation, 154, 163.

Macro-droit, 792 et s., 796, 997, 999.

Micro-droit, 557 et s., 791, 999.

-N-

Nationalisme, 11, 358.

Naufrage, 112, 991.

Navigabilité, 257, 263 et s., 519, 574.

Notify, 665.

-O-

Obligation de résultat, 142, 530, 574.

Ordonnance de la marine d'août 1681 (Ordonnance de Colbert), 9 et s., 94.

Organisation des Nations unies (ONU), 113 et s., 167.

Organisation maritime internationale (OMI) (ancienne OMCI), 112 et s., 516, 963.

Ordre public international, 390, 396, 458, 465 et s., 646 et s., 699 et s., 750, 771, 915, 956.

-P-

Pacta sunt servanda, 70, 816.

Palan, 141, 235, 892.

Particularisme, 10, 530, 801, 901 et s., 962, 993.

Partie exécutante, 519 et s., 524 et s.

Pays

- développés, 50, 99, 101 et s., 504, 844 ? 965 et s.
- en développement, 24 et s., 101 et s., 113 et s., 583, 785, 844, 918, 966.

Préposé, 16, 151, 265, 277, 489, 706.

Prescription, 270 et s., 280, 524.

Principe général du droit, 634.

Projet d'instrument CNUDCI, 302 et s., 320 et s., 477, 515 et s., 603 et s., 658, 679, 706, 727, 848, 896, 912, 921 et s., 952 et s., 996, 1007 et s.

Protocole du 23 février 1968 portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance signée à Bruxelles le 25 août 1924 (Règles de Visby), 23, 207 et s., 222 et s., 242, 271 et s., 301 et s., 705.

Protocole du 21 décembre 1979 portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance du 25 août 1924, telle

qu'amendée par le Protocole de modification du 23 février 1968 (Protocole DTS), 23, 209 et s., 274 et s., 301 et s.

-Q-

Qualification, 76, 358, 853.

-R-

Régionalisation, 104, 971 et s.

Règles de conflit

- de lois, 53, 74 et s., 182, 308, 340 et s., 375 et s., 478, 747, 894.
- de conventions, 481 et s.

Règles de Hambourg (cf. Convention des Nations unies sur le transport de marchandises par mer du 31 mars 1978)

Règles de Marseille, 497 et s.

Relations commerciales, 668, 801, 821 et s., 838, 863, 996.

Réparation (plafond), 270 et s., 535, 637.

Répartition des risques, 22, 112, 942, 951.

Réserve (au connaissance), 86, 244 et s., 280.

Retard, 268, 277, 519, 523, 532 et s., 583, 953 et s.

Risque de mer, 1, 46, 912.

Rôles d'Oléron, 9, 865.

-S-

Sécurité juridique, 33 et s., 66, 93 et s., 369, 545, 780, 907.

Sentences arbitrales, 719 et s., 732, 751 et s., 771 et s., 834, 872, 932 et s.

Specialia generalibus derogant, 327, 857.

Surestaries, 871.

-T-

Traité cf. convention internationale

Transport

- animaux vivants, 16, 141, 228, 231, 257, 354, 630, 920, 949.
- de passagers, 504.
- en pontée, 141, 228, 231, 257 et s., 354, 630, 920, 949.
- Multimodal 523, 531, 922, 1007.
- Terrestre, 523.

Travaux préparatoires, 49, 62, 154, 164, 175, 267.

-U-

Unification, 12 et s., 31 et s., 43 et s., 50 et s.

Uniformisation, 5 et s., 43 et s., 79, 108, 503, 552 et s.

Union européenne cf. Communauté européenne

Usages, 7 et s., 166, 258, 395, 517, 537, 664, 716, 770, 801 et s., 822, 855 et s., 905, 952, 967, 997, 2005.

-V-

Vente internationale, 877.

Vice caché, 499.

Vice propre, 499.

Volonté des parties, 15, 83, 206, 327, 360, 377, 384, 416, 426 et s., 559 et s., 627, 642, 651 et s., 706, 891, 916, 935.

Annexe

Annexe 1 : Les hypothèses de conflits entre les différentes versions de la Convention de Bruxelles ou entre celles-ci et les Règles de Hambourg

1) Les hypothèses de conflits entre la Convention de Bruxelles et ses Protocoles

- a) Les hypothèses de conflits entre la Convention de 1924 et la Convention modifiée par le Protocole de 1968
- b) Les hypothèses de conflits entre la Convention de 1924 et la Convention modifiée par le Protocole de 1979
- c) Les hypothèses de conflits entre la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1968 et la même Convention modifiée par le Protocole de 1979
- b) Les hypothèses de conflits entre la Convention de Bruxelles de 1924 et celle-ci modifiée par le protocole de 1968 et cette dernière par le Protocole de 1979

2) Les hypothèses de conflits entre la Convention de Bruxelles et les Règles de Hambourg

- a) Les hypothèses de conflits entre la Convention de 1924 d'origine et les Règles de Hambourg
- b) Les hypothèses de conflits entre la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1968 et les Règles de Hambourg
- c) Les hypothèses de conflits entre la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1979 et les Règles de Hambourg
- d) Les hypothèses de conflits entre la Convention de Bruxelles de 1924, celle-ci modifiée par le Protocole de 1979 et les Règles de Hambourg
- e) Les hypothèses de conflits entre la Convention de Bruxelles de 1924, celle-ci modifiée par le Protocole de 1979 et les Règles de Hambourg
- f) Les hypothèses de conflits entre la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1968, cette dernière modifiée par le Protocole de 1979 et les Règles de Hambourg.

1) Les conflits entre la Convention de Bruxelles et ses Protocoles

1011. Les hypothèses de conflits entre la Convention de Bruxelles et ses Protocoles vont être étudiées successivement dans l'ordre d'adoption des différents Protocoles.

a) Les hypothèses de conflits entre la Convention de 1924 et la Convention modifiée par le Protocole de 1968

1012. En ce qui concerne d'abord la Convention de 1924, celle-ci s'applique d'après son article 10 à tout connaissement créé dans un Etat contractant, il en est ainsi quand le déplacement maritime a lieu :

- entre deux ports relevant d'Etats différents¹⁹²⁴, peu importe que les parties soient de même nationalité¹⁹²⁵ ;
- entre deux ports d'un même Etat, si l'armateur est un étranger et que le connaissement a été émis dans un Etat contractant¹⁹²⁶.

1013. En ce qui concerne ensuite le Protocole du 23 février 1968, celui-ci s'applique d'après son article 5 à tout connaissement relatif à un transport de marchandises relevant de deux Etats différents, pourvu que l'une (et l'une seulement) des trois conditions ci-après soit remplie :

- le connaissement est émis dans un Etat signataire du Protocole¹⁹²⁷ ;
- le transport a eu lieu au départ d'un Etat signataire du Protocole¹⁹²⁸ ;
- le connaissement prévoit l'application des dispositions de la Convention modifiée ou de toute autre législation les appliquant, quelle que soit la nationalité du navire, du transporteur, du chargeur, du destinataire ou de toute autre personne intéressée¹⁹²⁹.

D'après ces conditions d'application, la France, qui est partie à la Convention originale et au Protocole modificatif de 1968, est ainsi susceptible d'avoir à trancher un conflit dans plusieurs hypothèses. Par exemple, si le juge français est saisi d'un litige portant sur un transport pour lequel le connaissement a été émis en Turquie¹⁹³⁰ et que le chargement a été effectué en Italie¹⁹³¹.

Voyons maintenant les hypothèses de conflits entre la Convention de 1924 et sa version modifiée par le second Protocole.

¹⁹²⁴ Montpellier 21 juillet 1981, BTL 1981, p. 473.

¹⁹²⁵ Paris 9 juin 1976, DMF 1977, p. 524 ; contra un arrêt de la Cour de cassation italienne du 17 janvier 1980 qui exige que les parties soient de nationalités différentes, Revue de droit uniforme 1981, I, 214.

¹⁹²⁶ Cass. Com. 20 décembre 1982, DMF 1983, p. 526, pour un transport d'un port français métropolitain sous connaissement émis à Londres ; contra Rouen, 6 décembre 1984, BTL 1985, p. 359.

¹⁹²⁷ C'est le cas d'un transport de France vers les Etats-Unis : Aix-en-Provence, 29 octobre 1980, DMF 1981, p. 544.

¹⁹²⁸ Aix-en-Provence, 31 octobre 1980, DMF 1982, p. 23.

¹⁹²⁹ Institut du droit international des transports, 3ème édition, septembre 1994, p. 211 et s.

¹⁹³⁰ Etat partie à la Convention de 1924 depuis le 04/07/1955.

¹⁹³¹ Etat partie à la Convention modifiée par le Protocole de 1968 depuis le 22/08/1985.

b) Les hypothèses de conflits entre la Convention de 1924 et la Convention modifiée par le Protocole de 1979

1014. Le Protocole du 21 décembre 1979 portant modification de la Convention de 1924 ne contient pas de règles concernant le champ d'application. Il faut alors chercher celles-ci dans «la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance et son Protocole de signature faits à Bruxelles le 25 août 1924, telle qu'amendée par le Protocole fait à Bruxelles le 23 février 1968»¹⁹³². Les hypothèses de conflits seront les mêmes que dans l'hypothèse précédente à laquelle il suffit de renvoyer. Pourtant le Protocole de 1979 contenant des règles matérielles différentes de celles qui résultent de la Convention de 1924 : il y a bien des cas de conflits différents de l'hypothèse précédente.

c) Les hypothèses de conflits entre la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1968 et la même Convention modifiée par le Protocole de 1979

1015. La France est liée par la Convention originelle et ses deux Protocoles modificatifs : elle devra trancher un conflit de Conventions quand elle aura connaissance d'un transport entre un Etat lié par le Protocole de 1968 (Etat A) et un autre Etat lié par le Protocole de 1979 (Etat B) et ce lorsque :

- le transport est au départ de l'Etat A et le connaissance comporte une clause Paramount au bénéfice du Protocole de 1979
- le transport est au départ de l'Etat B et le connaissance comporte une clause Paramount en faveur du Protocole de 1968
- le connaissance est émis dans l'Etat A et comporte une clause Paramount en faveur du Protocole de 1979
- le connaissance est émis dans l'Etat B et comporte une clause Paramount en faveur du Protocole de 1968
- le connaissance est émis dans l'Etat A et le transport est au départ de l'Etat B
- le connaissance est émis dans l'Etat B et le transport est au départ de l'Etat A.

En effet, le champ d'application de la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1968 et cette même Convention modifiée par le Protocole de 1979 est le même. Il est contenu à

¹⁹³² Article 1^{er} du Protocole de 1979 donnant la définition de la Convention que celui-ci amende.

l'article 5 du Protocole du 23 février 1968 qui remplace l'article 10 de la Convention de Bruxelles de 1924.

Les hypothèses qui viennent d'être étudiées peuvent être qualifiées de cas de conflits « simples » dans la mesure où ceux-ci ont lieu entre deux textes. Un élément de complexité peut apparaître lorsque le transport a un rattachement avec trois Etats et que chacun de ces Etats est lié par une Convention internationale différente.

d) Les hypothèses de conflit entre la Convention de Bruxelles de 1924 et celle-ci modifiée par le Protocole de 1968 et cette dernière par le Protocole de 1979

1016. Ici il s'agit de l'hypothèse assez peu probable dans laquelle un Etat A est lié par la Convention de 1924, un Etat B par celle modifiée par le Protocole de 1968 et un Etat C par cette dernière modifiée par le Protocole de 1979. Il existe un conflit de Conventions lorsque :

- le transport est au départ de l'Etat C, le connaissement émis dans l'Etat A et une clause Paramount est insérée au profit de la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1968
- le transport est au départ de l'Etat B sous connaissement émis dans l'Etat A et comportant une clause Paramount en faveur de la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1979.

2) Les hypothèses de conflits entre la Convention de Bruxelles et les Règles de Hambourg

1017. Les Règles de Hambourg s'appliquent, dès lors que le transport est effectué entre deux Etats différents, dès lors qu'une des conditions suivantes¹⁹³³ est remplie :

- le port de chargement prévu dans le contrat de transport est situé dans un Etat contractant, ou
- le port de déchargement prévu dans le contrat de transport est situé dans un Etat contractant, ou
- l'un des ports à option de déchargement prévu dans le contrat de transport est le port de déchargement effectif et que ce port est situé dans un Etat contractant, ou
- le connaissement ou tout autre document faisant preuve du contrat de transport par mer est émis dans un Etat contractant, ou

¹⁹³³ Présente à l'article 2 des Règles de Hambourg.

- le connaissement ou tout autre document faisant preuve du contrat de transport par mer prévoit que les dispositions de la présente Convention ou celles d'une législation nationale leur donnant effet régiront le contrat.

Dans la mesure où les Règles de Hambourg peuvent entrer en conflit avec la Convention de Bruxelles dans une de ses différentes versions, un inventaire des différentes hypothèses de conflits s'impose.

a) Les hypothèses de conflits entre la Convention de 1924 d'origine et les Règles de Hambourg

1018. La Convention de Bruxelles de 1924 est applicable lorsque le connaissement est « créé dans un des Etats contractants »¹⁹³⁴. Par conséquent il existe un conflit de Conventions dans cette hypothèse entre un Etat A, lié par la Convention de Bruxelles et un Etat B, lié par les Règles de Hambourg lorsque :

- le connaissement est émis dans le pays A et le port de déchargement se situe dans l'Etat B
- le connaissement est émis dans le pays A et le port de chargement se situe dans l'Etat B
- le connaissement est émis dans le pays A et le port à option de déchargement se situe dans l'Etat B
- le connaissement est émis dans le pays A et il contient une clause Paramount désignant les Règles de Hambourg.

La dernière hypothèse semble la moins probable puisqu'en principe lorsque les parties, ou tout du moins le transporteur émet le connaissement dans un Etat lié par la Convention de 1924, c'est en général pour que celle-ci régisse le contrat. Malgré tout, les parties émettent généralement le connaissement au lieu où s'opère le chargement ; elles peuvent alors avoir émis le connaissement dans un Etat lié par la Convention de Bruxelles tout en voulant soustraire leur contrat de son application d'où la conclusion d'une clause Paramount.

b) Les hypothèses de conflits entre la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1968 et les Règles de Hambourg

¹⁹³⁴ Article 10 de la Convention de Bruxelles de 1924.

1019. Les champs d'application de ces deux Conventions ont déjà été rappelés précédemment. Il existe un conflit de Conventions quand un Etat A étant lié par la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1968 et un Etat B étant lié par les Règles de Hambourg, lorsque :

- le connaissement a lieu au départ de l'Etat A et le port de déchargement ou à option de déchargement se situe dans l'Etat B
- le transport a lieu au départ de l'Etat A et le connaissement est établi dans l'Etat B
- le transport a lieu au départ de l'Etat A et le connaissement contient une clause Paramount désignant les Règles de Hambourg
- le connaissement est émis dans l'Etat A et le port de chargement, déchargement ou à option de déchargement se situe dans l'Etat B
- le connaissement est émis dans l'Etat A et comporte une clause Paramount en faveur des Règles de Hambourg
- le connaissement contient une clause Paramount désignant la Convention de Bruxelles modifiée par le Protocole de 1968 et le port de chargement, déchargement ou à option de déchargement se situe dans l'Etat B
- le connaissement contient une clause Paramount désignant la Convention de Bruxelles modifiée par le Protocole de 1968, et il est émis dans l'Etat B.

c) Les hypothèses de conflits entre la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1979 et les Règles de Hambourg

1020. Les hypothèses de conflits sont les mêmes que celles envisagées dans les cas précédents puisque, comme il a déjà été vu, les conditions d'application de la Convention de 1924 modifiées par le Protocole de 1968 n'ont pas été modifiées par le Protocole de 1979. Il conviendra de reprendre les hypothèses de conflits dégagées précédemment en remplaçant « Convention de Bruxelles modifiée par le Protocole de 1968 » par « Convention de Bruxelles modifiée par le Protocole de 1979 ». Il importe seulement de faire la même réserve que précédemment, à savoir que si les cas de conflits sont identiques, les conséquences sont différentes car le Protocole de 1979 contient des règles matérielles différentes. Reste maintenant à envisager les hypothèses de conflits complexes dans lesquelles le transport comporte plusieurs rattachements avec des pays liés par des textes différents.

d) Les hypothèses de conflits entre la Convention de Bruxelles de 1924, celle-ci modifiée par le Protocole de 1979 et les Règles de Hambourg

1021. Un Etat A étant lié par la Convention de 1924, un Etat B par celle-ci modifiée par le Protocole de 1968 et un Etat C par les Règles de Hambourg, il existe un conflit de Conventions chaque fois qu'un connaissement a été émis dans le pays A et que :

- le transport a lieu au départ de l'Etat B et que le connaissement contient une clause Paramount en faveur des Règles de Hambourg
- le transport a lieu au départ de l'Etat B et que le port de déchargement ou à option de déchargement se trouve dans l'Etat C
- le connaissement contient une clause Paramount en faveur de la Convention de Bruxelles modifiée par le Protocole de 1968 et que le chargement a lieu dans l'Etat C
- le connaissement contient une clause Paramount en faveur de la Convention de Bruxelles modifiée par le Protocole de 1968 et que le port de déchargement ou à option de déchargement se trouve dans l'Etat C.

e) Les hypothèses de conflits entre la Convention de Bruxelles de 1924, celle-ci modifiée par le Protocole de 1979 et les Règles de Hambourg

1022. Les conditions d'application posées par la Convention de Bruxelles modifiée par le Protocole de 1968 n'ayant pas été modifiées par le Protocole de 1979, les cas de conflits entre la Convention de 1924, le Protocole de 1979, et les Règles de Hambourg sont les mêmes que ceux envisagés dans l'hypothèse précédente.

f) Les hypothèses de conflits entre la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1968, cette dernière modifiée par le Protocole de 1979 et les Règles de Hambourg.

1023. Dans cette hypothèse, un Etat A est lié par la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1968, un Etat B par la Convention de 1924 modifiée par le Protocole de 1979 et un Etat C par les Règles de Hambourg, il existe un conflit de Conventions lorsque :

- le connaissement contient une clause Paramount en faveur du Protocole de 1968 et que le transport est au départ de B et le port de déchargement ou à option de déchargement dans l'Etat C

- le connaissement contient une clause Paramount en faveur du Protocole de 1968 et que le transport est au départ de C et le connaissement est émis dans l'Etat B
- le connaissement contient une clause Paramount en faveur du Protocole de 1968 et que le port de déchargement ou à option de déchargement se trouve dans l'Etat C et le connaissement a été émis dans l'Etat B
- le connaissement est émis dans l'Etat A et que le transport est au départ de B et le port de déchargement ou à option de déchargement est situé dans l'Etat B
- le connaissement est émis dans l'Etat A et que le transport est au départ de B et le connaissement contient une clause Paramount en faveur des Règles de Hambourg
- le connaissement est émis dans l'Etat A et que le transport est au départ de C et le connaissement contient une clause Paramount en faveur du Protocole de 1979
- le connaissement est émis dans l'Etat A et que le connaissement contient une clause Paramount en faveur du Protocole de 1979 et le port de déchargement ou à option de déchargement est situé dans l'Etat C
- le transport est au départ de l'Etat A et que le connaissement est émis dans l'Etat B et que le port de déchargement ou à option de déchargement est dans l'Etat C
- le transport est au départ de l'Etat A et que le connaissement est émis dans l'Etat B et contient une clause Paramount en faveur des Règles de Hambourg
- le transport est au départ de l'Etat A et que le connaissement contient une clause Paramount en faveur du Protocole de 1979 et a été émis dans l'Etat C
- le transport est au départ de l'Etat A et que le connaissement contient une clause Paramount en faveur du Protocole de 1979 et le port de déchargement ou à option de déchargement est situé dans l'Etat C.

Table des matières

Table des abréviations.....	9
Introduction.....	11
<u>Section 1 – L’uniformité du droit du transport maritime : récit et histoire.....</u>	<u>14</u>
Paragraphe 1 – L’uniformisation spontanée du droit du transport international de marchandises par mer.....	14
Paragraphe 2 – L’unification construite du droit du transport international de marchandises par mer.....	18
<u>Section 2 – L’uniformité du droit : idéal et réalité.....</u>	<u>31</u>
Paragraphe 1 - L’idéal d’uniformité du droit.....	32
Paragraphe 2 - Un besoin relatif d’uniformité.....	35
<u>Section 3 – L’uniformité du droit applicable au transport international de marchandises par mer : définitions et questionnement.....</u>	<u>40</u>
Paragraphe 1 – Définitions de l’objet de la recherche.....	40
Paragraphe 2 – La question de l’uniformité du droit applicable au transport international de marchandises par mer.....	43
 <u>1ère partie – La recherche d’une unification conventionnelle du droit du transport maritime de marchandises par les Etats.....</u>	 <u>47</u>
 <u>Titre 1 – L’unification par l’Etat et dans la convention.....</u>	 <u>49</u>
<u>Chapitre 1 – De la multiplicité des Etats à l’unité par la Convention : une élaboration et une adoption difficile.....</u>	<u>51</u>
<u>Section 1 – L’analyse de la méthode conventionnelle.....</u>	<u>52</u>
Paragraphe 1 – La mise en œuvre de la méthode et le contenu des conventions d’unification du droit substantiel.....	52
A - La mise en oeuvre de la méthode conventionnelle.....	52
1) La répartition des compétences pour l’élaboration, l’adoption et l’application des Conventions internationales.....	52

2) Le champ d'application des traités internationaux contenant du droit matériel.....	54
B - Le contenu des conventions d'unification du droit substantiel.....	56
1) Les différents contenus possibles des conventions d'unification du droit substantiel.....	56
2) Les contraintes du droit international.....	57
Paragraphe 2 - L'efficacité de la méthode conventionnelle.....	59
A - Les qualités des conventions d'unification du droit substantiel.....	59
1) Les qualités de la méthode conventionnelle comparée à celle des règles de conflit de lois.....	59
2) Les qualités propres de la méthode conventionnelle.....	61
B - Les inconvénients de la méthode conventionnelle	63
1) Les difficultés préalables d'élaboration de ces conventions.....	63
2) L'impossible adoption universelle des conventions.....	66
<u>Section 2 – L'appréciation du choix de la méthode conventionnelle</u>	<u>68</u>
Paragraphe 1 – La pertinence du choix de la méthode conventionnelle en matière de droit du transport international de marchandises par mer	68
A - La justification d'une réglementation internationale du droit du transport maritime de marchandises.....	68
1) Le caractère international du transport maritime de marchandises.....	69
2) L'économie du transport maritime requiert de la sécurité juridique.....	70
B - Les obstacles à une réglementation internationale du droit du transport maritime de marchandises.....	72
1) Le conflit d'intérêts entre chargeurs et armateurs.....	72
2) Le conflit d'intérêts entre pays développés et pays en développement.....	74
Paragraphe 2 - Les imperfections de la méthode conventionnelle en tant que voie d'unification du droit du transport international de marchandises par mer.....	77
A - Les obstacles originels : la diversité des institutions élaborant les Conventions.....	78
1) L'action originelle du Comité Maritime International en matière d'unification du droit maritime.....	78
2) L'intervention concurrente d'organisations intergouvernementales dans l'unification du droit maritime.....	82
B - Les obstacles au moment de l'adoption des Conventions internationales sur le transport de marchandises par mer.....	87
1) L'exemple de l'adoption laborieuse de la Convention de Bruxelles.....	88
2) L'exemple de l'adoption échouée des Règles de Hambourg.....	90

Chapitre 2 – De l’unité de la Convention à la multiplicité de la société internationale : une application éclatée.....93

Section 1 – La société internationale, écueil à l’unification du droit.....

Paragraphe 1 – Les obstacles à l’unification liés à l’intégration du droit conventionnel dans l’ordre juridique interne.....94

A – Les aléas lors de l’application des conventions internationales.....94

1) Le problème de la non-application.....94

2) Les problèmes de traduction ou d’interprétation.....95

B – Les problèmes d’application des Conventions d’unification du droit du transport international de marchandises par mer.....98

1) Les difficultés résultant de l’introduction en droit interne des Conventions internationales.....98

2) Les problèmes d’interprétation de ces Conventions.....102

a) L’interprétation « nationalisante » des Conventions internationales.....103

b) Les solutions proposées pour la préservation par les juges nationaux des conventions « unifiantes ».....107

Paragraphe 2 – Les obstacles à l’unification liés à la confrontation du droit conventionnel avec l’ordre juridique interne.....113

A – L’articulation des dispositions internes et internationales applicables en matière de transport de marchandises par mer.....114

1) La vocation des dispositions conventionnelles à régir un transport interne.....115

2) La vocation des dispositions internes à régir un transport international.....121

B - L’articulation entre les normes faisant partie de l’ordre juridique interne et les Conventions internationales non-ratifiées ou non-approuvées.....125

1) La possibilité d’un concours entre des dispositions internationales et les normes de l’ordre juridique interne.....125

2) Le problème de l’applicabilité des Conventions maritimes non-ratifiées ou non-approuvées.....129

Section 2 – La superposition des Conventions, écueil à l’unification du droit131

Paragraphe 1 - L’identification des différentes hypothèses de concurrence des textes applicables.....131

A – L’applicabilité dans l’espace des Conventions portant sur le transport international de marchandises par mer.....131

1) La convention s'applique dans les Etats contractants.....	132
a) Etat ayant ratifié ou adhéré à une seule de ces Conventions.....	132
- La Convention de Bruxelles de 1924.....	133
- La convention de Bruxelles de 1924 amendée par le Protocole de Visby du 23 février 1968.....	134
- Etat lié par la Convention de Bruxelles modifiée par le Protocole de Visby et par le Protocole du 21 décembre 1979.....	135
- Etat lié par les Règles de Hambourg.....	136
b) Etat ayant ratifié ou adhéré à plusieurs de ces Conventions.....	136
- Etat lié par la Convention de 1924 et les Règles de Hambourg.....	137
- Etat lié par la Convention de Bruxelles modifiée par le Protocole du 23 février 1968 et par les Règles de Hambourg.....	138
- Etat lié par la Convention de Bruxelles modifiée par le Protocole du 23 février 1968, par celui du 21 décembre 1979 ainsi que par les Règles de Hambourg.....	139
2) La convention prévoit les situations auxquelles elle s'applique.....	140
a) La Convention de Bruxelles de 1924.....	140
b) La Convention de Bruxelles de 1924 modifiée par le Protocole du 23 février 1968.....	140
c) Les Règles de Hambourg	141
B – Le domaine matériel des Conventions.....	142
1) La Convention de Bruxelles de 1924.....	142
2) Les Règles de Hambourg.....	144
Paragraphe 2 – L'identification des principales différences entre les Conventions.....	145
A - La prise en charge et les documents de transport.....	145
1) La prise en charge.....	145
2) Les documents de transport.....	147
a) L'émission et le contenu du connaissance.....	147
b) Les réserves faites au connaissance.....	150
c) Les fonctions du connaissance.....	154
d) Les substituts du connaissance.....	155
B - Les obligations des parties au cours du contrat et la livraison.....	156
1) Les obligations des parties au cours du contrat.....	156
2) La livraison.....	158
C - La responsabilité du transporteur.....	159
1) La Convention de Bruxelles de 1924.....	159

2) Les modifications apportées à la Convention de Bruxelles par le Protocole de 1968.....	164
3) Les modifications apportées à la Convention de Bruxelles le Protocole de 1979.....	166
4) Les Règles de Hambourg.....	167
Conclusion du Titre 1.....	172

Titre 2 – La désunification dans l’Etat et par les conventions internationales.....173

Chapitre 1 – La désunification du droit du transport international de marchandises par mer engendrée par la concurrence des Conventions internationales.....175

Section 1 – L’aptitude des mécanismes internationaux à régler la concurrence entre les Conventions.....176

Paragraphe 1 – La capacité des mécanismes internationaux à prévenir et à résoudre les conflits de Conventions.....176

A - Les mécanismes de prévention des conflits177

- 1) La typologie des clauses de résolution des conflits.....177
- 2) L’existence de mécanismes de prévention des conflits dans les Conventions sur le transport international de marchandises par mer.....179

B – Un mécanisme efficace d’intégration automatique présent dans la Convention de Bruxelles mais ne réglant pas tous les éventuels conflits de conventions.....181

- 1) L’impossible conflit entre les différentes versions de la Convention de Bruxelles.....181
- 2) L’efficacité pratique des mécanismes internationaux de règlement des conflits de conventions malgré l’existence en théorie de cas de conflits potentiels.....182

Paragraphe 2 – L’incapacité des Conventions internationales à régler les hypothèses de conflits de lois.....183

A – Le juge français face aux conflits de lois en l’absence d’une Convention internationale.....183

- 1) Le transport n’entre pas dans le champ d’application des Conventions internationales...184
- 2) Le transport entre dans le champ d’application d’une Convention internationale mais celle-ci n’est pas applicable.....185

B – Le juge français face aux conflits de lois impliquant des Conventions sur le transport international de marchandises par mer.....185

1) Les hypothèses de conflits de lois impliquant des Conventions sur le transport international de marchandises par mer.....	185
a) Les conflits de lois impliquant différentes versions de la Convention de Bruxelles.....	186
b) Les conflits de lois impliquant les Règles de Hambourg.....	190
c) Les conflits de lois qui pourraient impliquer le nouvel instrument CNUDCI.....	190
2) Le recours à la Convention de Vienne sur le droit des traités pour résoudre un conflit de lois impliquant des Conventions internationales.....	191
a) L'applicabilité de la Convention de Vienne à la matière étudiée.....	192
b) Les mécanismes contenus dans la Convention de Vienne permettant de régler un conflit de lois impliquant des conventions internationales.....	193
<u>Section 2 – La vocation du droit international privé à régler les conflits de lois en présence d'une Convention internationale étrangère.....</u>	197
Paragraphe 1 - La résolution des conflits de lois et d'interprétations en présence d'une Convention internationale.....	198
A – La résolution des conflits entre plusieurs interprétations judiciaires d'une même disposition d'origine conventionnelle.....	198
1) La détermination du titulaire du pouvoir d'interprétation des traités.....	199
a) La jurisprudence de la Cour de cassation.....	199
b) La jurisprudence du Conseil d'Etat.....	200
2) L'interprétation des traités.....	200
a) La vocation des règles de conflit de lois à régler les divergences d'interprétation.....	201
- Les solutions proposées par la doctrine.....	201
- La position de la Cour de cassation.....	202
b) Une utilisation non-systématique de la règle de conflit de lois pour interpréter une convention « unifiante » contenant du droit matériel.....	204
- Une distinction entre les conventions internationales.....	204
- L'application au droit du transport international de marchandises par mer.....	205
B – La résolution par le droit international privé des conflits entre les conventions insérées dans deux ordres juridiques différents.....	207
1) Le contenu des règles de conflit : un retour au droit national.....	209
a) La méthode du conflit de lois.....	209
b) La règle de conflit de lois applicable à la catégorie des actes juridiques.....	210
2) L'existence de critères de rattachement spécifiques aux conflits impliquant des conventions internationales ou au droit maritime.....	212

a) L'utilisation par le juge de critères de rattachement spécifiques aux conflits impliquant des conventions internationales.....	212
- La règle de l'application impérative.....	212
- La règle de la convention commune.....	214
b) L'utilisation par le juge de la loi du pavillon, critère de rattachement spécifique au droit maritime.....	215
- La loi du pavillon.....	215
- L'appréciation de cette règle de conflit.....	216
Paragraphe 2 - La résolution des conflits de lois en matière de transport international de marchandises par mer par la Convention de Rome.....	219
A – L'identification de la loi applicable à un transport international de marchandises par mer par la Convention de Rome.....	219
1) La vocation de la Convention de Rome à s'appliquer à un transport international de marchandises par mer.....	220
2) Le dispositif de détermination de la loi applicable au transport international de marchandises par mer.....	223
a) La loi est celle choisie par les parties.....	224
b) La détermination de la loi applicable en l'absence de choix par les parties.....	225
c) L'intervention des lois de police.....	226
d) L'intervention de l'ordre public du for.....	234
B - L'appréciation de l'apport de la Convention de Rome à l'unification du droit du transport international de marchandises par mer.....	236
1) La Convention de Rome ne contient pas de règles applicables au fond du litige.....	237
2) Une actuelle faiblesse de l'apport de la Convention de Rome à l'unification du droit du transport international de marchandises par mer pouvant évoluer grâce à la modification de cette Convention.....	238

Chapitre 2 – La désunification du droit du transport international de marchandises par mer aggravée par le droit international privé.....243

Section 1 – Une résolution nationale des conflits impropre à assurer l'unification du droit du transport international de marchandises par mer.....244

Paragraphe 1 – Les difficultés liées à l'application par le juge français d'une Convention étrangère par le biais des règles de conflit244

A - Le problème de l'application directe des Règles de Hambourg par le juge français saisi du litige.....245

1) L'affrontement doctrinal sur le problème de l'application directe des Conventions maritimes.....245

a) La thèse maritimiste.....245

b) La thèse internationaliste.....249

c) La thèse de l'application impérative des Conventions maritimes.....254

2) Les solutions retenues par la jurisprudence.....257

a) La jurisprudence adoptant un raisonnement "maritimiste".....257

b) Vers une consécration de la théorie "internationaliste" par la jurisprudence.....262

B - Le problème de l'application indirecte des Règles de Hambourg par le biais de l'exequatur.....266

1) La compétence du tribunal étranger.....268

2) L'application de la loi compétente selon les règles françaises de conflit.....270

3) La conformité à l'ordre public international.....272

4) L'absence de fraude à la loi.....272

Paragraphe 2 – Les difficultés liées au caractère national des règles du droit international privé à l'origine de fraudes à la loi.....274

A – Les cas de fraudes à la loi stricto sensu.....274

1) L'identification de la fraude à la loi stricto sensu.....275

2) L'absence de fraudes à la loi stricto sensu dans la matière étudiée.....276

B – Les cas de fraudes à la loi lato sensu : le forum shopping.....276

1) L'identification des hypothèses de forum shopping en matière de droit du transport international de marchandises par mer.....277

2) Une distinction nécessaire entre des comportements frauduleux et d'autres licites.....280

Section 2 - Le dépassement de la résolution nationale des conflits engendrés par les conventions.....283

Paragraphe 1 – Les propositions de la doctrine pour dépasser la résolution nationale des conflits de Conventions.....283

A – La solution de l’élaboration de règles de conflit spécifiques aux conventions.....283

1) Les règles de conflit spécifiques aux conventions proposées par Monsieur Majoros.....285

a) La règle de l’efficacité maximale.....286

b) La règle du traité postérieur.....289

2) L’appréciation de ces règles.....290

B – Les propositions doctrinales pour l’élaboration d’une nouvelle convention.....291

1) Les Règles de Marseille.....292

2) L’identification par Monsieur Griggs des obstacles qu’une nouvelle convention devra affronter.....293

Paragraphe 2 - Le projet de la CNUDCI sur un nouvel instrument régissant le transport international de marchandises par mer.....297

A - La genèse du projet de Convention de la CNUDCI.....297

B - Le contenu de ce projet de Convention de la CNUDCI.....301

1) Le champ d’application.....301

2) Les parties au transport.....303

3) Les opérations comprises dans le champ d’application du texte.....305

4) La responsabilité du transporteur306

5) La responsabilité du transporteur pour retard.....308

6) La responsabilité du chargeur.....311

C – L’appréciation du caractère unificateur du projet de Convention de la CNUDCI.....311

Conclusion du Titre 2.....316

Conclusion de la Partie 1.....317

2ème partie – La construction d’une uniformisation pragmatique du droit du transport maritime de marchandises par les opérateurs.....321

Titre 1 – La construction d’une uniformisation du droit par les pratiques contractuelles.....325

Chapitre 1 – L’uniformisation anticipée, dans le contrat.....327

Section 1 - L’uniformisation par la conclusion de contrats-types.....330

Paragraphe 1 – Une uniformisation réalisée en matière de contrat d’affrètement.....330

A - La possibilité en matière d’affrètement au voyage d’assurer une uniformisation du droit par la pratique contractuelle.....331

1) Les différences entre le transport maritime de marchandises sous connaissance et l’affrètement au voyage.....331

2) L’importance de la pratique contractuelle en matière d’affrètement au voyage.....334

B – La possibilité d’une uniformisation du contrat de transport international de marchandises par mer par un rapprochement avec le contrat d’affrètement.....338

1) Les justification de la dichotomie de régime entre le contrat de transport maritime et celui d’affrètement au voyage.....339

2) La pérennité de la dichotomie de régime entre ces deux contrats malgré l’existence de connaissements-types.....340

Paragraphe 2 – Une uniformisation irréalisée en matière de contrat de transport international de marchandises par mer.....342

A - L’existence de connaissements standards.....342

1) L’identification de connaissements standards ou de documents imaginés par la pratique.343

a) L’identification de connaissements standards.....343

b) L’identification de documents imaginés par la pratique.....344

2) Les difficultés que pourraient provoquer ces connaissements standards.....348

B – Un apport limité des connaissements standards à l’uniformisation du droit.....349

1) Un apport limité par le manque d’autonomie juridique.....349

2) Un apport limité par le manque d’autonomie sociale.....351

Section 2 – L’uniformisation par l’insertion de clauses Paramount.....353

Paragraphe 1 – De la définition de la clause Paramount à son application.....353

A – L’existence de la clause Paramount.....	353
1) La définition et l’utilité de la clause Paramount.....	353
a) La définition.....	353
b) L’utilité.....	354
2) La validité de la clause Paramount	357
a) Les conditions de forme.....	357
b) Les conditions de fond.....	358
- Rattachement du contrat à la loi d’un Etat.....	358
- Impossibilité de remanier ou transgresser la Convention internationale choisie.....	358
B – L’application de la clause Paramount.....	365
1) La désignation du droit applicable par la clause.....	365
a) Lorsqu’aucune Convention d’unification du droit substantiel n’est applicable.....	365
- Le principe de validité de cette clause.....	365
- La limite de l’article 16 de la Convention de Rome.....	366
- La limite de l’article 7 de la Convention de Rome.....	368
b) Lorsqu’une Convention d’unification du droit substantiel est applicable.....	370
2) L’opposabilité de la clause Paramount.....	374
a) L’opposabilité au chargeur.....	374
- La question du caractère dérogatoire au droit commun de la clause.....	375
- La lisibilité de la clause.....	376
- La connaissance et l’acceptation de la clause.....	377
b) L’opposabilité au destinataire.....	380

Paragraphe 2 – De la participation de la clause Paramount à l’uniformisation du droit.....385

A – Les difficultés rencontrées lors de la mise en œuvre des clauses Paramount.....	386
1) Le sectionnement juridique du contrat par le biais de la clause Paramount.....	386
2) L’interprétation de la clause Paramount.....	388
B - Les limites de la clause Paramount.....	393
1) Les limites à l’efficacité des clauses Paramount causées par le respect des principes généraux du droit international privé.....	394
a) Le non respect de l’ordre public.....	394
b) La fraude à la loi.....	396

2) Les limites à l'efficacité des clauses Paramount causées par l'application de conventions internationales ou de lois.....	397
a) En l'absence d'une disposition impérative.....	397
b) En présence d'une disposition impérative.....	398

Chapitre 2 – L'uniformisation différée, dans l'instance arbitrale.....403

Section 1 – L'œuvre créatrice de l'arbitrage.....404

Paragraphe 1 - L'admission du recours à l'arbitrage404

A - Le recours à l'arbitrage en général.....	404
1) La définition et les avantages de l'arbitrage.....	405
2) Les modalités de recours à l'arbitrage.....	406
B - Le recours à l'arbitrage en matière maritime.....	408
1) Les dispositions d'origine interne.....	409
2) Les dispositions d'origine internationale.....	409

Paragraphe 2 – L'admission par les conventions internationales du droit désigné par l'arbitrage.....411

A - En l'absence d'une convention internationale applicable.....	411
1) Les parties ont choisi le droit applicable.....	411
2) Les parties n'ont pas prévu le droit applicable.....	413
B - En présence d'une convention internationale impérativement applicable.....	414
1) Les parties ont prévu le droit applicable.....	415
2) Les parties n'ont pas choisi de loi applicable.....	418

Section 2 – L'œuvre « uniformisatrice » de l'arbitrage.....424

Paragraphe 1 – L'appréciation d'une éventuelle création d'un ordre juridique transnational par l'arbitrage.....424

A - L'utilisation par les arbitres des principes généraux.....	424
B - La juridicité de ces principes généraux.....	426

Paragraphe 2 - L'appréciation de l'apport de l'arbitrage à l'uniformisation du droit.....430

A - L'autonomie de l'arbitrage international	430
1) Une autonomie de principe de l'arbitrage international.....	430
2) Une autonomie de l'arbitrage international remise en cause par sa confrontation avec les ordres juridiques nationaux.....	432
B - Le rôle de l'arbitrage en matière d'uniformisation du droit.....	433

1) L'apport de l'arbitrage international à l'uniformisation du droit.....	434
a) L'efficacité de ce mode de règlement des litiges.....	434
b) Le manque de cohérence des sentences arbitrales.....	435
2) Le rôle de l'arbitrage international en matière de transport maritime de marchandises....	439
a) Une utilisation fréquente de l'arbitrage en matière de transport maritime de marchandises.....	439
b) Un apport limité de l'arbitrage au droit du transport maritime de marchandises.....	441
Conclusion du Titre 1.....	443

Titre 2 – La tentative de construction d'un droit par la cristallisation des pratiques contractuelles.....445

Chapitre 1 – D'une uniformisation générale des pratiques à la construction d'une règle de droit par les opérateurs.....449

Section 1 – De l'édification d'une Lex Mercatoria.....451

Paragraphe 1 - La Lex Mercatoria : définition et contenu.....453

A - La définition de la Lex Mercatoria.....	454
1) L'existence d'un système complet de règles juridiques spécifiques au commerce international.....	455
a) Le caractère juridique des pratiques du commerce international.....	456
b) L'homogénéité de la Lex Mercatoria.....	459
2) L'existence d'une société internationale des marchands productrice de normes juridiques.....	461
B - Le régime de la Lex Mercatoria.....	463
1) Le contenu de la Lex Mercatoria.....	463
2) L'autonomie de la Lex Mercatoria.....	467

Paragraphe 2 – La Lex Mercatoria : son rôle en matière de droit du transport international de marchandises par mer.....470

A - L'organisation des opérateurs du transport maritime de marchandises.....	472
1) L'organisation des armateurs.....	472
2) L'organisation des chargeurs.....	474
B - La coexistence des Conventions internationales et de la Lex Mercatoria.....	476
1) L'existence d'une Lex mercatoria en matière de droit du transport maritime.....	476
2) L'existence d'un ordre juridique maritime général.....	477

<u>Section 2 – De l’utilisation des usages.....</u>	<u>480</u>
Paragraphe 1 – L’important apport pratique des usages en matière de transport international de marchandises par mer.....	483
A - Le droit du transport international de marchandises par mer : un cadre favorable pour les usages.....	483
1) Le droit du commerce international, un domaine propice au développement des usages..	483
2) Le droit maritime, une présence historique d’usages.....	484
B - L’importance des usages en matière de transport international de marchandises par mer.....	485
1) Les usages de place : les Liners Terms.....	486
2) Les usages généraux.....	488
a) Les Incoterms.....	489
b) Les clauses attributives de compétence.....	492
Paragraphe 2 – Le faible apport juridique des usages à l’uniformisation du droit du transport international de marchandises par mer	495
A – La diversité et l’incertitude des usages.....	495
B – La fragilité des usages.....	496
<u>Chapitre 2 – D’une nécessaire unification par les Etats à la recherche de sa pertinence.....</u>	<u>499</u>
<u>Section 1 - L’étendue de l’unification du droit applicable au transport international de marchandises par mer.....</u>	<u>501</u>
Paragraphe 1 – De l’intervention des Etats.....	501
A - La période du particularisme du droit maritime : l’exclusion de l’intervention des Etats.....	502
1) Exposé de la thèse du particularisme.....	502
2) La critique de la thèse.....	506
B – L’évolution de l’intervention des Etats.....	507
1) La justification historique de l’adoption d’une législation internationale impérative.....	508
2) Vers un dépassement de la législation internationale impérative par l’élaboration de nouvelles formes contractuelles par les opérateurs.....	510
Paragraphe 2 - La mesure de l’intervention des Etats dans le contrat de transport international de marchandises par mer.....	513

A - La possibilité pour les opérateurs du transport de régir librement leurs rapports juridiques.....	513
1) La vocation de l'autonomie de la volonté à régir les relations individuelles.....	514
a) Le principe de l'autonomie de la volonté.....	514
b) Les difficultés engendrées par l'autonomie de la volonté.....	517
2) Le choix de la restauration totale ou partielle de l'autonomie de la volonté en matière de transport international de marchandises par mer.....	519
a) Une restauration totale de l'autonomie de la volonté.....	520
b) Une intensification du rôle de l'autonomie de la volonté.....	522
B - La recherche de méthodes nouvelles pour régir le transport international de marchandises par mer.....	528
1) La coordination.....	528
2) L'harmonisation.....	529
<u>Section 2 – Le niveau d'unification du droit du transport international de marchandises par mer.....</u>	<u>531</u>
Paragraphe 1 - Le mythe d'un droit unifié global	531
A - La fin du mythe de l'universalisme.....	532
B – La globalisation de la société et le droit post-moderne.....	533
Paragraphe 2 - La possibilité d'une unification régionale du droit du transport international de marchandises par mer.....	536
A - Le choix du niveau régional en matière d'unification du droit.....	537
1) L'intérêt d'une action régionale.....	537
2) Les caractéristiques de l'action régionale.....	539
B - L'action de la Communauté européenne en matière de droit du transport international de marchandises par mer.....	543
1) L'intervention de la Communauté européenne en matière de droit du transport international de marchandises par mer.....	543
2) L'efficacité d'une action régionale en matière de transport international de marchandises par mer.....	545
Conclusion du Titre 2.....	553
Conclusion de la Partie 2.....	554
 Conclusion générale.....	 557

Bibliographie.....	563
Textes officiels.....	563
Documents et publications internationales.....	564
Ouvrages généraux.....	565
Ouvrages spécialisés.....	567
Chroniques et articles.....	570
Thèses.....	597
Mémoires.....	599
Colloques et séminaires.....	600
Cours.....	601
Sources électroniques.....	602
Notes de jurisprudence.....	603
Index alphabétique.....	607
Annexe.....	617
Table des matières.....	625